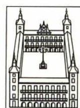
monografías



DOGMÁTICA DE DERECHO PENAL Y LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD

GÜNTHER JAKOBS



THOMSON
CIVITAS

DOGMÁTICA DE DERECHO PENAL Y LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD

GÜNTHER JAKOBS
Catedrático emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
en la Universidad de Bonn

DOGMÁTICA DE DERECHO PENAL Y LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD

THOMSON
™
CIVITAS

Primera edición, 2004



Civitas Ediciones, S. L.
Bárbara de Braganza, 10. 28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2281-1
Depósito legal: NA 2669/2004
Compuesto en Printing'94
Printed in Spain. Impreso en España
por Rodona Industria Gráfica, S. L.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Cuando pensé en recopilar los artículos del Profesor JAKOBS que habían sido traducidos al castellano por personas que tuvieran la doble condición de discípulos tanto del Profesor JAKOBS como del Profesor BACIGALUPO, reparé en que además se daba la casualidad de que ambos profesores eran, a su vez, codiscípulos de Hans WELZEL. A ello se añadía la circunstancia de la jubilación de Günther JAKOBS, lo cual proporcionaba una buena razón para exponer ciertos aspectos desconocidos en España de su biografía. Sin embargo, al recordar que Javier SÁNCHEZ-VERA había publicado ya una espléndida biografía, me pareció más oportuno incluirla directamente en este libro, pues, aunque escueta, es una biografía puntualmente precisa.

Así pues, me centraré en explicar, sucintamente, que en este libro se reúnen una serie de trabajos (artículos o conferencias, algunos publicados, otros inéditos, al menos en España) de JAKOBS, cuya lectura muestra las líneas generales de su sistema.

En cuanto al concepto de persona, concepto básico dentro del sistema de JAKOBS, últimamente ha venido manteniendo la contraposición entre «Persona» y «No-Persona» o «individuo», contraposición ésta que ha hecho saltar todas las alarmas, sobre todo por parte de aquellos —y nos duele decirlo— que atienden más a las formas —a la terminología— que al fondo. En realidad, el fondo de la distinción ya había sido realizado por JAKOBS hace muchos tiempo en escritos anteriores, escogiendo la pareja «Ciudadano» *(Bürger)*-«Persona» *(Person)* que venía a contraponer lo mismo que «Persona»-«No-Persona» o «individuo», con ella lo que se pretendía resaltar es que hay sujetos, como los inimputables o los niños, que no desempeñan el rol de ciudadano en la sociedad, con las importantes consecuencias que ello trae a efectos de imputación, de expectativas (cognitivas *versus* normativas), etc. Así

las cosas, cuando JAKOBS hablaba de «Ciudadano»/«Persona», las mismas voces que no se alzaron en su contra entonces (nada sorprendía por la obviedad el que unos fueran «personas», pero no «ciudadanos»), han criticado duramente *la distinción*, en lo que se muestra como una simple confusión. De la distinción «Persona»/«No-Persona» o «Individuo» la doctrina ha criticado injustamente la distinción, cuando como mucho, lo único que podría haber criticado es la terminología. Y decimos que, «cómo mucho», porque ésa es la correcta terminología en la tradición iusfilosófica.

Respecto de la omisión cabe decir que JAKOBS ha marcado el *punto de inflexión* en la discusión sobre los delitos de omisión, por cuanto, desde él, resulta ya insoslayable un tratamiento del problema que no rehuya la cuestión clave de la *equiparación normativa* entre las formas de comportamiento delictivo por acción y por omisión. Es cierto que, antes de él —como él mismo ha recordado en diversas ocasiones—, ya una pequeña parte de la doctrina científica se había aproximado a esta equiparación normativa de los conceptos de acción y omisión —nos estamos refiriendo, claro está, al concepto negativo de acción de *Herzberg* y a las reflexiones sobre los ámbitos de actuación de *Philipps*—, pero es desde JAKOBS, a la luz de su esencial corte entre los delitos de organización o dominio del hecho y los de infracción de deber, cuando tal equiparación normativa alcanza su culminación y su pleno asiento dogmático que le hace inmune a las críticas lanzadas desde el naturalismo.

De la prevención general positiva habría que destacar que, a nuestro juicio, es la única teoría que ha desplegado sus efectos en la completa teoría jurídica del delito: en la imputación objetiva (de la mano de los roles), en el dolo (a la luz de una imputación al rol), en la antijuridicidad, en el concepto de culpabilidad.

La culpabilidad constituye una de las partes más polémicas del sistema de JAKOBS; a su juicio, el fin de la culpabilidad es conseguir la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva. Y, su atribución dependerá de la existencia de alternativas dentro del sistema, de manera que si existían esas otras formas de resolver el conflicto puede atribuirse la culpabilidad. Claramente enlazado con

ello se presentan los problemas que plantea la *actio libera in causa*, que JAKOBS resuelve considerando que quien se ha transformado de capaz de culpabilidad en naturaleza debe responder por ello; pero, «pretender que algo que es naturaleza responda, sería una representación equivocada», afirmando por consiguiente la vigencia del principio de coincidencia.

Únicamente resta por decir que el título de este libro fue sugerido por JAKOBS, quien también escribió el Prólogo específico para el mismo.

JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

SEMBLANZA DEL PROFESOR GÜNTHER JAKOBS *

El 27 de julio de 2002, el Prof. Dr. Günther JAKOBS, celebró su 65 cumpleaños, alcanzando así la edad de convertirse en Profesor emérito, tras haber sido Profesor ordinario de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Director del Seminario de Filosofía del Derecho y Codirector del Instituto de Derecho Penal de la *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität* de Bonn (República Federal de Alemania).

Tras sus estudios de Derecho en las Universidades alemanas de Colonia, Kiel y Bonn, entre los años 1959 y 1963 (fecha ésta en la que realiza su primer Examen de Estado), donde fue en busca de los profesores que él consideró de mayor interés para su formación académica —algo ciertamente inimaginable en el apático estudiantado actual—, JAKOBS emprendió sus estudios de doctorado en Bonn bajo la dirección de Hans WELZEL. En 1967 defiende su tesis doctoral titulada *«Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten»*, sobre el concurso de los delitos de homicidio con los delitos de lesiones, y en ese mismo año realizó también exitosamente su segundo Examen de Estado.

Entre los años 1968 a 1971, JAKOBS disfrutó de una beca de la Sociedad Alemana de Investigación, para la consecución de su Habilitación como profesor de Derecho penal, beca que compaginó con su actividad de Asistente Científico en el Seminario de Filosofía del Derecho, siempre bajo la dirección de Hans WELZEL.

En 1971 se habilita como profesor para las disciplinas de Derecho Penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho, con un trabajo principal sobre los delitos imprudentes titulado *«Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt»* —así como

* Esta semblanza escrita por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES fue publicada con el título «Günther Jakobs, Profesor emérito en la Universidad de Bonn», en la Revista *CPC*, núm. 78/2002, págs. 707 y ss.

las correspondientes conferencias de habilitación—, habiendo realizado los preceptivos informes de propuesta de concesión de la habilitación su maestro WELZEL, y el también profesor de la Universidad de Bonn Dr. Armin KAUFMANN.

Rápidamente tras la habilitación, ya en 1971, obtiene su primer puesto como profesor y el cargo de Consejero Científico en la Universidad de Bochum. Y apenas un año más tarde, en 1972, es ya Profesor ordinario de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel. Allí permanece hasta que en el año 1976 es llamado como Profesor ordinario de Derecho penal y Derecho procesal penal por la Universidad de Regensburg.

Uno de los máximos reconocimientos académicos se produce, empero, cuando en 1986 es llamado como Profesor ordinario de Derecho penal y Filosofía del Derecho por la Universidad de Bonn, ocupando la cátedra en la que quince años atrás se había habilitado, y uniendo así su nombre a la de los egregios penalistas Hugo HÄLSCHNER y Hans WELZEL, quienes junto con otros como Armin KAUFMANN, le habían precedido en el Seminario de Filosofía del Derecho de dicha Universidad.

Desde 1991, el Prof. JAKOBS es miembro ordinario de la Academia de Ciencias de Renania del Norte-Westfalia, clase Ciencias Filosóficas, con sede en Dusseldorf, y desde 1997 miembro correspondiente de la Academia Bávara de Ciencias, clase filosófico-histórica, con sede en Munich. Desde 1999 es coeditor de la prestigiosa revista especializada *«Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZSTW).*

La obra de JAKOBS se ha centrado en los problemas fundamentales del Derecho penal y en la construcción del sistema jurídicopenal, tanto desde una perspectiva dogmática, como desde una perspectiva iusfilosófica. De todas sus publicaciones destaca, desde luego, su Tratado de Derecho Penal *«Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre»*, publicado en Berlín y otras en 1983 (787 págs.), con una segunda edición ampliada, del año 1991 (944 págs.). El Tratado ha sido también publicado en España («Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación», Madrid 1997, 1.113 págs.), en traducción de los Profs.

Dres. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. El *Lehrbuch* del Prof. JAKOBS es uno de esos grandes tratados de Derecho penal que lo convierte casi en intemporal y le hacen entrar entre los más grandes de la ciencia penal alemana junto con algunos otros pocos.

Ya antes del Tratado, JAKOBS había publicado el importante trabajo *«Schuld und Prävention»*, Tubinga, 1976 (33 págs.), un escrito programático en el que se asientan ya algunas de las bases de su sistema, y, en especial, las de la prevención general positiva. Con posterioridad a la segunda edición de su Tratado, aparecen otros tres trabajos esenciales en su obra, todos traducidos a diversos idiomas: *«Der strafrechtliche Handlungsbegriff»*, Munich, 1992, 46 págs., revolucionario análisis sobre el concepto penal de acción; *«Das Schuldprinzip»*, Opladen, 1993, 35 págs., innovadora visión del principio de culpabilidad; y *«Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen»*, Opladen, 1996, 43 págs., sobre el sistema de imputación en los comportamientos activos y omitidos, trabajos todos éstos que profundizan aspectos concretos de su sistema.

Más de un centenar de trabajos publicados, entre monografías, artículos, comentarios a sentencias y recensiones bibliográficas, atestiguan la capacidad creadora y de trabajo del Prof. JAKOBS. Además de los temas ya mencionados de los delitos imprudentes, la omisión, el concepto de acción o el principio de culpabilidad, se deben destacar también sus estudios dedicados a la imputación objetiva —con numerosísimos artículos que tratan aspectos concretos de la misma, como el prohibición de regreso, la actuación a propio riesgo, la concurrencia de riesgos, etc.—, a la tentativa y el desistimiento, al dolo y al error, a diversos aspectos de la autoría y participación delictivas, a las causas de justificación, a la teoría de la pena, etc. Muchos de estos trabajos se hallan recogidos en versión española en: «Estudios de Derecho penal», traducción al español y Estudio Preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid 1997, 480 páginas.

Tampoco la Parte Especial ha sido desatendida por JAKOBS, y así destacan sus estudios sobre el delito de coacciones —que marcan un punto de inflexión en la discusión sobre

los mismos—, sobre los delitos contra el honor, el aborto, el homicidio a petición, suicidio y eutanasia, el delito de falsedad documental, las circunstancias calificadores del asesinato, etc. Además, últimamente, ha publicado su concepción iusfilosófica del Derecho en su relevante libro «*Norm, Person, Gesellschaft*», Berlín, 1997, 131 páginas, que desde 1999 tiene incluso una segunda edición.

Y es que, esa es precisamente la imponente obra de Günther JAKOBS: el haber creado un sistema cerrado y coherente para el Derecho penal moderno, con sus propias bases dogmáticas y iusfilosóficas, sistema que ha sido denominado, como es sabido, «funcionalista». Pocos autores han intentado tamaña empresa de creación de un sistema —el último había sido Welzel—, y menos aún han logrado exitosamente tan difícil empeño. Y ello, reconocido por todos: partidarios y detractores de la dogmática de JAKOBS. No es éste, obviamente, el lugar adecuado para explicar los pormenores de su sistema —glosado por lo demás ampliamente en la bibliografía española, si bien en muchas ocasiones de un modo crítico pero superficial—, sino que tan sólo se desea reconocerlo como tal y así ponerlo de manifiesto.

En un momento de la ciencia del Derecho penal como el actual, en el que las cuestiones de fondo, sistemáticas y dogmáticas, sencillamente no interesan, pues las becas y subvenciones y, en general, los trabajos científicos, prefieren centrarse en otras cuestiones más «comerciales» y puntuales (*v. gr.*, Ley del menor, penas alternativas a la prisión, delitos societarios, medio ambiente, derecho penal internacional, etc.), el esfuerzo creador sistemático de JAKOBS, se muestra aún más meritorio.

Buena prueba de ello ha sido la importantísima repercusión que la doctrina de JAKOBS ha tenido tanto en la doctrina científica de Alemania como fuera de ella. No hay discusión de la mayoría de los grandes temas del Derecho penal, en la que no haya que tomar posición respecto de JAKOBS, ni foro académico del Derecho penal, en el que gran parte del análisis se centre en su obra, ni tesis doctorales sobre los más variados temas, que estudien particularmente los puntos de vista denominados «funcionalistas» sobre la cuestión a tratar.

Por el *Rechtsphilosophisches Seminar* de la Universidad de Bonn han pasado numerosísimos penalistas que con toda dedicación y cariño han sido atendidos siempre personalmente por el Prof. JAKOBS. Sin duda —al menos sea mencionado también este aspecto aquí—, tan importante como su sistema, son sus cualidades humanas, de las que podemos dar fe todos los que nos hemos formado en Bonn, o incluso aquellos que vinieron tan sólo unos días o incluso unas pocas horas para saludar al Maestro. Por miedo a olvidar algún nombre, preferimos no hacer un listado de los profesores y doctorandos que realizaron estancias de investigación con el Prof. JAKOBS. Ya ellos, en todo caso, lo hacen ver en sus obras. Pero, aún a riesgo de cometer el mismo olvido, quizás sea preferible que recordemos, sí al menos, algunas de las naciones de las que llegaron: Argentina, Colombia, Corea, Chile, China, España, Gran Bretaña, Grecia, Italia, Japón, Méjico, Paraguay, Perú, Polonia, Taiwán, etc., países éstos, además, en los que, en su mayoría, el Prof. JAKOBS ha dictado conferencias o impartido seminarios. El Prof. JAKOBS ha tenido a su cargo hasta diez becados por la prestigiosa Fundación Alexander von Humboldt. En marzo de 2002, la Universidad Externado de Colombia le rindió un merecidísimo homenaje junto con algunos de sus discípulos, y le nombró Profesor Honorario de la Universidad.

Con estas breves líneas, queremos felicitar al Prof. JAKOBS por su sesenta y cinco cumpleaños. El Prof. JAKOBS continúa en la Universidad de Bonn, aunque haya abandonado la dirección del *Rechtsphilosophisches Seminar*, y mantiene su intensa y fructífera actividad investigadora. ¡La ciencia del Derecho penal puede seguir, pues, durante muchos años disfrutando de su ciencia!

JAVIER SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES

PRÓLOGO *

Con la pequeña colección de artículos que ahora se presenta es mi deseo continuar con la discusión que tiene lugar desde hace mucho tiempo entre la ciencia jurídico penal española y alemana. Se trata de la determinación de los conceptos jurídicos penales como conceptos estructurales de la sociedad. ¿Qué quiere esto decir? Los conceptos jurídicos penales tienen que ser configurados normativamente en correspondencia con la estructura normativa de la sociedad, como conceptos en el contexto de la estabilización de la validez de las normas. «Validez de la norma» es el concepto orientador; por el contrario, no tienen esta característica otros conceptos como el de «interés» o el de «bien», así como tampoco el de «seguridad», aunque estos últimos conceptos —naturalmente adecuadamente ordenados y con validez sólo sectorial— pueden tener significación especialmente en los delitos de lesión (relacionados no sólo con normas sino con también con bienes).

Las normas rigen respecto de personas, es decir, respecto de portadores de derechos y deberes, pero no para individuos humanos (como es sabido históricamente si se considera el fenómeno de la esclavitud). El que no tiene ningún derecho, tampoco es una persona; de esto tratan los artículos dedicados a la personalidad y la exclusión así como al aborto. En el ámbito de sus derechos las personas pueden organizarse libremente. La cuestión de si esta organización se lleva a cabo mediante el propio movimiento corporal o a través del de otras personas, si se utilizan máquinas, si se ejecuta una acción o se la omite es, ante todo, una cuestión técnico-organizativa; desde el punto de vista jurídico-penal la cuestión consiste en si el círculo organizativo muestra (o no) como resultado un *output* dañoso y de si una prestación positiva, a la que está obligada

---

* Traducción JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.

una persona a través de una institución especial, no se ha realizado (o, por el contrario, ha tenido lugar)[1]. También el concepto de daño proviene como concepto jurídico de la estructura social: no todo lo que en un sentido científico natural puede ser considerado como la producción causal de daños (por ejemplo también: la producción legal de armas o alcohol, la ejecución de grandes construcciones) constituye un daño en sentido jurídico, sino solamente aquellas situaciones del círculo organizativo que tienen el significado de «daños»; sin una mirada a la semántica de la sociedad no es posible llegar a ninguna conclusión, y esto debería ser conocido con el nombre de teoría del comportamiento no permitido (como parte de la teoría de la imputación objetiva, cuya problemática se trata en distintas contribuciones aquí recogidas).

Desde este punto de vista tiene que ser también interpretada la parte subjetiva del hecho. Esta premisa no está constituida por el individuo con sus pensamientos, sus representaciones o sus propósitos, sino por la persona con su deber de lealtad al derecho; por lo tanto la pregunta básica que se formula en el caso de un hecho punible es: ¿por qué falta la lealtad al derecho y de que manera este déficit puede ser considerado como fundamento a favor o en contra? (de esta problemática me ocupo repetidamente). También son tratadas cuestiones individuales, como por ejemplo la manera de proceder cuando la persona misma es la que se despoja de la competencia de una administración responsable de su círculo organizativo. En tales casos no veo ninguna posibilidad de construir normativamente la competencia; pues una expectativa normativa no se puede mantener totalmente de modo contrafáctico. La *traductora* de este artículo sobre la actio libera in causa me ha contradicho vehemente en una inteligente monografía, superándome al mismo tiempo «en la medida de la normativización»[2].

Como conceptos de una sociedad que realmente existe y

---

[1] Respecto de la diferenciación fundamental entre deberes negativos y positivos, véase: J. SÁNCHEZ-VERA, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999.

[2] P. GONZÁLEZ-RIVERO, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen, 2001.

que no sólo es producto del pensamiento, los conceptos jurídico penales tienen que ser construidos de una manera adecuada a la realidad. La realidad es la de una sociedad que facilita un amplio contacto anónimo de las personas competentes. Tal sociedad no es factible sin standards garantizados, lo que significa que los delitos de peligro abstractos son necesarios. Bajo el velo de estos delitos se esconden muchos desaciertos, como consecuencia de un delirio penal intervencionista, pero *sin ellos no podría funcionar —por ejemplo— ni siquiera una* sociedad de millones de automovilistas en un espacio reducido. La garantía de los standards no constituye una mera tarea de coordinación que se resolvería imponiendo multas administrativas contra las perturbaciones (¿cuál es el último plazo para entregar una declaración fiscal?), sino de la facilitación de la libre utilización del Derecho (¡el conductor de un vehículo que viene en sentido contrario no debe estar bajo los efectos del alcohol!). De esto trata también el primero de los trabajos aquí publicados.

Como ocurre a menudo en una publicación científica, sobre todo cuando ella tiene lugar en una lengua extranjera, es necesario mencionar al que «ayuda al alumbramiento». En primer lugar agradezco a mi estimado colega el Prof. Dr. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que ha toma la iniciativa asumiendo la publicación de este volumen. No menos agradecimiento debo a las traductoras y a los traductores que han trasladado al castellano mis textos, que son en parte dificultosos (lo que significa que en esa tarea siempre hay una cierta coproducción). Me refiero a la Profesora Dra. Pilar GONZÁLEZ-RIVERO y a Teresa MANSO PORTO así como al Profesor Dr. Carlos PÉREZ DEL VALLE, a Luis Carlos REY SANFIZ y al Profesor Dr. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. También mi agradecimiento a la editorial Thomson/Civitas por su disposición para la publicación.

Bonn, mayo 2004.

GÜNTHER JAKOBS

DOGMÁTICA DE DERECHO PENAL Y LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LA SOCIEDAD

CAPÍTULO I
LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ANTE LAS EXIGENCIAS DEL PRESENTE *

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS.—II. POSIBILIDAD DE CONTACTOS RELATIVAMENTE ANÓNIMOS: 1. *Delitos de peligro.* 2. *Delitos de resultado:* A) Dolo. B) Determinación objetiva de lo no permitido. Conocimientos especiales.—III. COMPORTAMIENTOS UNIFORMES EN MASA: 1. *Familiarización con el riesgo.* 2. *Adición de daños.*—IV. PREDOMINIO DE LA ECONOMÍA.—V. CONCIENCIA DEL RIESGO: 1. *Funciones manifiestas y funciones latentes de la pena.* 2. *El denominado Derecho penal de enemigos:* A) Individuos enemigos como entorno no deseable. B) El enemigo como corruptor.—VI. INTERNACIONALIZACIÓN: 1. *Desespecificación.* 2. *Concurrencia de ordenamientos específicos.* 3. *Injerencia, especialmente en caso de violación de derechos humanos.*

I. CUESTIONES PREVIAS

La ciencia del Derecho penal tiene que indagar el verdadero concepto de Derecho penal, lo que significa destacarlo como parte del entendimiento que la sociedad tiene de sí misma. El éxito de esta empresa no está garantizado, pues puede que circulen comunicaciones bajo la rúbrica de «Derecho penal», sin pertenecer a su concepto. Estas comunicaciones únicamente *denominadas* Derecho penal no han de ser ilegítimas *per se*, pero navegan bajo bandera equivocada y —invirtiendo el tema por mí presentado— entre las exigencias que la ciencia debe imponerse a sí misma de cara a la sociedad se incluye, no contentarse con un simple nombre, sino insistir en el concepto —en la medida en que éste exista—. Es evidente que sin poner el punto de mira en la comprensión que la sociedad ha alcanzado de sí misma o en la que al menos se toma como posible y, lo que es lo mismo, adoptando una perspecti-

---

* Traducción de Teresa Manso Porto, Universidad de Bonn. Publicado en *CGPJ*, «Estudios de Derecho Judicial, Escuela de verano del Poder Judicial», La Coruña, 1999.

va absolutamente *interna* del Derecho penal, no se puede obtener dicho concepto; al contrario, la ciencia debe tomar conocimiento de la identidad de la sociedad esforzándose por comprenderla. Es cierto que no toda apelación al legislador penal es legítima, pero tampoco los conceptos penales reduccionistas, que al margen de la ciencia nadie más entiende, constituyen modelos sociales legítimos (sino utopías).

A continuación voy a tratar de enumerar algunas características de la sociedad moderna de corte occidental y de describir su relación con el concepto de Derecho penal; me limito a las características que están a la vista de todos. Por mi carencia de dotes proféticas, sólo aisladamente alcanzaré a hacer proyecciones del análisis de cara al futuro. Por consiguiente, en adelante me ocuparé más de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias del presente que ante las del futuro. Para ello, me voy abriendo paso desde los problemas predominantemente dogmáticos hasta los de teoría jurídico-penal. Comienzo con la progresiva anonimidad de los contactos sociales (II); le siguen los problemas que resultan del comportamiento uniforme de masas (III), del predominio del sistema económico (IV) y de la creciente conciencia del riesgo (V); concluyo con consideraciones acerca del proceso de la internacionalización (VI). La enumeración ya lo evidencia: no puede ser mucho más que un esbozo —el Derecho procesal queda excluido—.

II. POSIBILIDAD DE CONTACTOS RELATIVAMENTE ANÓNIMOS

1. Delitos de peligro

La sociedad posibilita cada vez más los contactos relativamente anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol, pero, en cambio, no se averigua o ni siquiera sería averiguable también cognitivamente qué aspecto presenta generalmente la administración del ámbito de organización en cada uno. Por ejemplo, cualquiera sabe qué rol ha de desempeñar una persona desconocida con la que uno se topa en un lugar apartado, a saber, que *debe* comportarse de acuerdo con

las reglas jurídicas, pero, por lo demás, no se sabe nada relevante de dicha persona, es decir, fundamentalmente se ignora si es propenso a las agresiones o si procura más bien tener un carácter pacífico, o también si ante los riesgos se comporta más retraída o entusiastamente, etc. Si a esta situación anónima se le añade que los participantes disponen de objetos peligrosos, como sucede en el tráfico rodado, entonces para la orientación no es suficiente que en las normas penales se fijen por escrito solamente los resultados no deseados de una acción —¡No causes muerte, ni lesión, ni pérdida de libertad, ni destrucción de cosa, etc.!— y que, por lo demás, durante la puesta en práctica del programa se confíe en el «sano entendimiento humano» de las personas, es decir, no basta con que los postulados normativos se administren, en este sentido, *de manera descentralizada*. La mejor manera de poner de manifiesto la insuficiencia de la administración descentralizada de las normas es a través del ejemplo-estrella de lo anónimo, que no es otro que el tráfico rodado: impetuosidades que algunos jóvenes conductores interpretan como un uso estimulante pero inocuo de sus capacidades, otro las entiende ya como —por lo menos— adecuadas para lesionar, etc., y así desde el descuido aún insignificante de la seguridad del vehículo hasta la conducción en estado de alcoholemia de un automóvil listo para desguace. Descentralizadamente, en cada individuo, se pueden dar precisamente pareceres muy distintos acerca del significado de un comportamiento determinado.

En tales casos, el legislador acostumbra a concretar centralmente los postulados normativos, y lo hace de tal modo que él mismo describe —también sin mencionar en modo alguno el resultado no deseado de la acción— la configuración de los comportamientos contrarios a la norma y, con ello, lo que se ha de producir *des*centralizadamente queda reducido a la simple averiguación de en qué caso se da tal configuración del comportamiento. Así, la Ley prohíbe cosas muy diversas desde el falso juramento hasta la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y lo hace también cuando el individuo no ve resultado pernicioso alguno de su comportamiento y, quizá, tampoco puede verlo: en estos delitos de peligro abstracto el tipo de comportamiento se define como no permitido *per se*, es decir, centralmente, sin atender a especialidades no

centrales. Sin embargo, el legislador no siempre ha de centralizar de este modo tan radical; al contrario, también puede declarar el tipo de comportamiento como no permitido bajo algunas cautelas, como que el comportamiento deba mostrar idoneidad para dañar o poner en peligro determinados bienes (un tipo conocido en el Derecho penal medioambiental) o que deba conducir incluso a una puesta en peligro concreta [como en algunos preceptos para la protección de la seguridad en el tráfico, §§ 315 y 315.*a* a 315.*c* StGB][1]. Tales preceptos sólo parcialmente descentralizadores, dejan en manos del individuo la averiguación de la idoneidad o de la puesta en peligro concreta, pero, aún así, también basta la idoneidad o la puesta en peligro para la realización del tipo cuando el autor juzga descuidadamente que no se va a producir un daño.

No se precisa facultad profética alguna, sino una simple mirada a las condiciones de existencia de una sociedad anónima —en la forma descrita anteriormente— para predecir la futura carrera de los tipos de puesta en peligro. Si uno se topa con una persona de la que cognitivamente nada sabe, en estos delitos se puede todavía esperar normativamente que un comportamiento configurado de manera determinada deje de realizarse *en todo caso* (o al menos en caso de que se añadan idoneidad o peligro concreto reconocidos), y no sólo cuando el otro lo clasifica como gestante del resultado *según su parecer*.

Hágase notar que este intento de legitimación de los delitos de peligro —abstracto o concreto— se limita a la des-subjetivización de la referencia al daño, es decir, a delitos en los que el comportamiento típico crea un peligro —al menos— abstracto de irrupción inmediata, y no a través del comportamiento posterior de personas responsables, en una organización ajena. La penalización de comportamientos *previamente* a la irrupción en una organización ajena, es decir, por ejemplo, los de apología del delito (§ 140 StGB) o de instigación popular (§ 130 StGB) o de fundación de asociaciones de carácter delictivo (§§ 129 y 129 *a*, así como el § 30 StGB) no ha quedado con eso resuelta (sobre esto, ver apartado V *B*).

---

[1] *Strafgesetzbuch* (Código penal).

2. Delitos de resultado

A) *Dolo*

La sociedad que posibilita contactos anónimos también conoce, evidentemente, delitos de resultado como el homicidio o el daño en las cosas, pero al menos *un* elemento de estos delitos tendrá que modificarse significativamente, si se quiere que el tipo constituya en el futuro una aportación idónea para la orientación, y se trata precisamente del dolo, el cual hasta ahora se ha determinado unánimemente, al menos en lo que afecta a su límite superior, de manera psicologizante. Con dolo actúa quien conoce el riesgo por él creado. Por lo tanto, cualquiera puede sustraerse a la pena del delito doloso sencillamente no tomando conocimiento de los resultados peligrosos de su comportamiento —en tal caso podría haber conocido fácilmente, pero el hecho es que no ha conocido porque no se ha preocupado de procurarse el conocimiento—. Semejante solución psicologicista podrá ser adecuada para un grupo de personas entre las cuales nadie puede o quiere tomarse la libertad de cruzarse con los demás sin poner interés, o entre las cuales quienes actúan despreocupadamente por su parte están previamente tan identificados, que uno puede mantenerse alejado de ellos. Dicho brevemente, una solución de este tipo puede ser adecuada para un grupo de personas que con toda seguridad no son anónimas, pero con la misma seguridad es inadecuada para una sociedad que posibilita contactos anónimos, pues en ésta, como ya se expuso, sólo es conocido el alcance del deber según el rol respectivo, pero no la posibilidad cognitiva de seguimiento del deber. Para aclarar esto se ha de precisar, en primer lugar, qué significa exactamente una garantía jurídico-penal de deberes.

En términos usuales, se formularía probablemente: Cada uno tiene el deber de no cometer ningún injusto. Ciertamente eso es correcto en la medida en que el injusto se define como aquello que uno no puede cometer; pero el Derecho penal no garantiza que no se cometa ningún injusto, como se demuestra no sólo por inducción a partir de la impunibilidad del niño o el enfermo mental que comete un injusto, sino también por deducción a partir del principio rector del Derecho penal; pues aquí no se trata de un principio de injusto, sino de un

principio de culpabilidad. El Derecho penal garantiza la expectativa de que quien está sometido al Derecho no se va a comportar culpablemente, lo que significa que va a ser suficientemente fiel al Derecho, y en caso de que no muestre una fidelidad suficiente, eso es de *su* incumbencia, es decir, su culpabilidad, y no un error de quien tiene una expectativa. El grado suficiente de fidelidad al Derecho no se determina según el estado psíquico del sujeto, sino que se establece como baremo objetivo a través de una pretensión que va dirigida a cada ciudadano; más exactamente, por razón de esta pretensión se trata de un ciudadano, una persona, y no de un individuo sin ataduras. Quien es culpable no satisface la medida aplicable a los ciudadanos, es decir, tiene un déficit de fidelidad al derecho. Ahora bien, el déficit por su parte puede resultar evidente para el propio autor; en tal caso, éste conoce su insuficiencia. Por otro lado, aun existiendo en general voluntad de procurarse suficiente fidelidad al Derecho, puede producirse un déficit por la carencia de una visión de conjunto que realmente no debería darse pero, no obstante, se produce fácilmente, sobre todo en caso de excitación o de especial complejidad de un asunto, etc. Esto no apunta sino a la diferenciación entre dolo e imprudencia. Pero entre uno y otra aún hay algo más: el déficit puede permanecer ignorado por el autor porque no se preocupa de lo que exige el Derecho y, como resultado de ello, tampoco de lo que ocasiona —ceguera ante los hechos debida a indiferencia—. A modo de ejemplo, un vendedor ambulante vende alimentos en muy mal estado que causan enfermedades, hecho en el que no repara porque a él, que constantemente cambia de lugar, no le interesa. Este autor se sustrae según el Derecho vigente a la pena más grave (dolosa), porque se comporta ante el Derecho de manera indiferente —un resultado absurdo—. Lo correcto sería imputar al autor lo que hasta entrado el siglo XIX se llamaba *dolus indirectus*, una figura de imputación que —manteniendo algunos residuos en los delitos cualificados por el resultado— ha desaparecido debido fundamentalmente a consideraciones que pretenden entender un delito no a partir de la persona, es decir, del destinatario de una pretensión, sino a partir del individuo con su estado psíquico, el cual, inevitablemente, se da o no se da *(Feuerbach)*.

Una teoría del delito con consistencia interna, es decir, una

teoría del autor y de su hecho, tiene que partir hoy en día y también en el futuro de los conceptos «persona» y «lesión jurídica», y no en cambio de otros naturalistas como «hombre», «dolo», etc. Sólo si se produce esta normativización existe una posibilidad de que los delitos de resultado se mantengan practicables; el Derecho penal garantiza entonces la expectativa de que el otro es fiel al Derecho o, en caso contrario, se comporta de manera culpable, con total independencia de su estado psíquico —conocimiento o no conocimiento—, el cual tampoco puede pronosticar nadie en una sociedad anónima, por lo que regirse por él interfiere en la prestación de orientación que realiza el Derecho.

B) *Determinación objetiva de lo no permitido. Conocimientos especiales*

Otra modificación de los delitos de resultado necesaria para una sociedad que posibilita contactos anónimos ya se ha producido, al menos en cuanto a lo principal. Me refiero a la incorporación de la categoría de la imputación objetiva a la teoría de la imputación, si bien no se trata aquí de la imputación del resultado, sino de la determinación del comportamiento no permitido. Con la anonimidad de la sociedad guarda relación este instituto en la medida en que en la orientación, los déficits cognitivos que vienen condicionados por la anonimidad deben ser compensados mediante estándares normativos.

Indudablemente, esto no debe entenderse como que el Derecho penal garantiza también otras prestaciones estándar además de esa *una* ya mencionada: fidelidad suficiente al Derecho. Es decir, no se garantiza, por ejemplo, que un conductor frene a tiempo delante de un peatón, que un cirujano opere de conformidad con la *lex artis*, sino únicamente que los portadores de roles especiales citados a modo de ejemplo satisfagan el rol general del ciudadano fiel al Derecho y que, como tales, no asuman aquellos roles especiales para los que no se han formado y que dirijan con cuidado el rol asumido. De nuevo con un ejemplo, un conductor que al sufrir un mareo imprevisible no consigue frenar a tiempo delante de un peatón, en sí no ha fracasado jurídico-penalmente, por

supuesto sin culpabilidad, sino que ha satisfecho lo exigido por el Derecho penal, pues ha demostrado fidelidad jurídica.

Los estándares normativos de la imputación objetiva no se refieren a las capacidades de los sometidos a la norma, sino a la interpretación de la norma; *ésta* se estandariza. Cuando se dice, por ejemplo, que hay que castigar al que lesiona a otra persona, corresponde averiguar qué significa lesionar —¿lo es también, por ejemplo, alcanzar un cuchillo muy afilado a una persona de la que se sabe por experiencia que es poco juiciosa, o proporcionar sustancias psicotrópicas a alguien que es drogodependiente pero todavía responsable, o la iniciación de obras de gran magnitud en las que el riesgo de lesiones (literalmente) salta a la vista en el hecho de que se haya instalado en ella un puesto de primeros auxilios? Se trata, por lo tanto, no de trazar la frontera entre el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento con significado de lesión en función de la simpatía por el riesgo o del temor hacia el mismo por parte del autor individual, sino de estandarizar dicha frontera. Y esta estandarización es necesaria, como se ha dicho, porque nadie se puede regir por un trazado individual de fronteras correspondiente a otro, debido a la anonimidad de éste último, es decir, porque sin estandarización se perdería la orientación.

La imputación objetiva ya está concretada actualmente de manera practicable, y sobre todo se ha articulado en subinstitutos fácilmente diferenciables —riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso (o riesgo permitido en la participación) y otros más—; básicamente está todavía en discusión *un* único problema parcial —en mi opinión muy característico sin duda—, como es el de los conocimientos especiales: una vez más, el problema afecta a la parte subjetiva del hecho y, una vez más —en tanto en cuanto me atrevo a hacer una predicción— tendrá que ceder el hecho psíquico ante la exigencia normativa. Se trata del contrapunto exacto del *dolus indirectus*: en este último, no se piensa en algo que resulta patente; aquí en cambio, en los conocimientos especiales, una persona piensa en algo que no le compete, al menos no en ese contexto. Un ejemplo: un ingeniero mecánico alquila un vehículo y por razón de sus conocimientos técnicos especiales, al finalizar el disfrute se da cuenta de que los frenos están defec-

tuosos. En el momento de la devolución no dice una palabra; el siguiente usuario sufre un accidente, lo cual el ingeniero había considerado como bastante posible. La mayoría de la doctrina argumentaría probablemente basándose en la existencia de conocimiento de la lesión por parte del ingeniero y la falta del mismo por parte del siguiente prestatario, y presentaría como resultado una lesión dolosa con dominio del hecho. Pero esta postura que se basa en los hechos psíquicos ya se evidenció antes como insuficiente en el caso de autores ciegos ante los hechos. Al igual que allí la comprobación de que el autor no pensó en nada no puede prejuzgar la cuestión de si el curso de los hechos es de su incumbencia, tampoco lo puede aquí la comprobación inversa de que el autor conoce la situación. Lo prioritario es la situación normativa, es decir, el círculo de obligaciones del prestatario del vehículo (y no acaso el de un piloto de pruebas o el del titular del vehículo), y a dicho círculo de obligaciones no pertenece el cuidado de la seguridad técnica en el siguiente préstamo.

Sin duda es éste el momento de adentrarse más a fondo en la parte subjetiva del hecho. El Derecho penal garantiza que se pueda esperar disposición para cumplir las normas; si falta disposición, ello no es una equivocación de quien la espera, sino culpabilidad del autor (lo que sólo constituye otro modo de expresar que el Derecho penal garantiza la validez de las normas). En el entendimiento actual de la culpabilidad esto significa para los delitos de resultado: lo que el autor, supuesta en él suficiente disposición a ser fiel al Derecho, hubiese evitado en cuanto a consecuencias maliciosas, ha sido realizado culpablemente. Al principio —se debe insistir de nuevo—, no existe nada subjetivo, sino una exigencia, a saber, la de una suficiente fidelidad al Derecho y, en verdad, suficiente objetivamente. El dolo y la imprudencia individual son formas en las que se manifiesta un déficit de lo exigido objetivamente; ambas fundamentan el injusto no como hechos psíquicos individuales, sino como la expresión acaecida en el individuo de un defecto determinado objetivamente, o con otras palabras, no fundamentan un fallo individual, sino que son indicios en el individuo de una insuficiencia objetiva. De nuevo con otras palabras, los que delinquen no son individuos, sino miembros de la sociedad constituidos comunicativa y —en este sentido—

objetivamente, esto es, son personas (o bien, en cuanto que éstas además se conciban a sí mismas como personas, sujetos). El hecho de que la imputación se rija según el contenido objetivo de la norma es algo que ciertamente no se circunscribe a sociedades que posibilitan contactos anónimos en el sentido anteriormente mencionado —la sociedad se agota precisamente en el establecimiento de normas objetivas—, pero en caso de sociedades anónimas la objetividad del armazón de soporte se hace especialmente patente.

III. COMPORTAMIENTOS UNIFORMES EN MASA

1. Familiarización con el riesgo

La sociedad moderna es una sociedad de masas, lo que en el contexto presente significa que tiene que administrar comportamientos en masa distintos pero también uniformes de los ciudadanos. El comportamiento uniforme conlleva especiales dificultades, lo que indudablemente no es el caso, cuando bajo ninguna circunstancia puede adoptar un giro malicioso: la lectura de periódicos en masa permanece tan inofensiva como su lectura esporádica, siempre que se presuponga que sus páginas están en cierta medida configuradas con lealtad al Estado. —A dos constelaciones de problemas, ambos poco estudiados, hay que hacer, sin duda, alusión—.

En cuanto a la primera, se trata de formas de comportamiento que son peligrosas, pero tan mínimamente, que sólo llaman la atención en caso de acaecimiento masivo, pero entonces lo hacen de una manera clara. Piénsese en el hecho de conducir en estado de alcoholemia moderada o de arrojar un cigarrillo encendido en un contenedor de basura. Si un comportamiento semejante se produjera sólo de forma aislada, nadie pensaría en su prohibición, pero precisamente acontece a diario y cada vez más a menudo, por lo que se subsume en un peligro colectivo drástico. Debido a la ubicuidad del comportamiento, prácticamente cualquiera podría ser víctima del mismo; si la víctima potencial se tomara en serio este peligro, está claro que ya no podría seguir participando en la vida social. A modo de ejemplo, el que como conductor pronostica seriamente un accidente cada vez que el de detrás se aproxima

en exceso, ya no está capacitado para conducir debido al nerviosismo casi permanente. Precisamente la ubicuidad obliga habitualmente a bagatelizar el riesgo o a reprimirlo por completo.

Con esta actitud de familiarización con el riesgo, es evidente que cuando alguien por su parte se comporta mal, es decir, cuando él mismo conduce aproximándose excesivamente al conductor de delante, no puede pronosticar la posibilidad real de un accidente, lo que significa que falta la cognoscibilidad subjetiva como requisito para la imprudencia. Breve y concisamente: la ubicuidad obliga a una actitud que ya no permite una relación subjetiva con el resultado. De esta forma no se excluye la posibilidad de imputar un comportamiento de peligro abstracto —conducir a muy poca distancia del de delante es algo no permitido *per se*—, pero la doctrina ampliamente mayoritaria y la jurisprudencia quieren castigar también —desatendiendo un poco la fundamentación— por un delito de *resultado*. Hasta la fecha falta una dogmática convincente para este tipo de comportamientos masivos, pero su desarrollo urge, a menos que en ciertos ámbitos se pretenda reducir el delito imprudente de resultado a un mero nombre para un delito de peligro abstracto (con un resultado como condición objetiva de punibilidad).

2. Adición de daños

En el segundo grupo de problemas de imputación de un comportamiento que acarrea un pequeño menoscabo de un bien, al menos del bien «seguridad», se trata de casos en los que el comportamiento, precisamente debido a la masificación, constituye una parte de un enorme daño total o de una considerable puesta en peligro. De manera distinta al grupo anteriormente tratado, el mayor daño posible del comportamiento individual permanece relativamente pequeño, pero a través de la masificación de pequeños daños, la infraestructura pierde ciertamente estabilidad de manera considerable. Junto a conductas de poca entidad contrarias al medio ambiente y a supuestos menores de estafa de seguros, el ejemplo principal lo ofrecen el hurto de mercancías en venta y el polizonaje. Hasta ahora los hechos aislados se clasifican como delitos de

poca entidad sin que se aprecie una toma de conciencia del problema y, ciertamente, con la situación legal actual, o al menos con la actual interpretación de la ley, no cabe ninguna otra posibilidad, pues no se puede hablar de una comunidad de autores que pudiese fundamentar una imputación recíproca de los hechos; según la dogmática convencional se trata de una coautoría casual *(Nebentäterschaft)*. Sin embargo, permanece el interrogante de si una sociedad de masas puede sobrevivir con estas regulaciones. Ya desde el punto de vista semántico, el asociar daños en una magnitud de miles de millones con la criminalidad menor no parece precisamente acertada, y por ello probablemente se oculta aquí el siguiente problema: ¿Puede beneficiarse también de un tratamiento aislado de su comportamiento aquel que actúa justamente en un contexto en el cual este comportamiento no se produce en absoluto de manera aislada sino como parte integrada de una actividad colectiva? Y aquel que aún se ampara en la «Cosi fan Tutte» [«Eso lo hacen todos»], ¿se define quizás a sí mismo, en cuanto que se atribuye el «Tutte», como miembro de una horda? Y, ¿alguna vez han resultado eficaces las reglas de imputación en caso de infracción jurídica endémica? Obviamente estas tres preguntas apenas constituyen una descripción del problema y menos aún pretenden sugerir una hipótesis de solución. Pero a una exigencia se hace mención, y no se puede continuar cerrando los ojos ante problemas específicos de una sociedad de masas y hacer como si los individuos fuesen siempre sólo individuos y no partes de una masa. En cualquier caso, el tratamiento del tema «comportamientos en masa e imputación» se ha quedado hasta la fecha rezagado de manera flagrante dentro la dogmática de la imputación.

IV. PREDOMINIO DE LA ECONOMÍA

La sociedad es una sociedad de explotación, lo cual no significa que sea una sociedad *también* de explotación, sino *principalmente*. El sistema «economía» se impone en caso de duda frente a todos los demás; la puesta en peligro del lugar de posicionamiento de la economía se considera un sacrilegio, algo comparable a un comportamiento que desata la ira de los dioses, y la competencia económica reemplaza a la competencia

entre naciones: el que sucumbe, no sólo es considerado como incapaz en ciertos ámbitos, sino que es marginado de forma general.

El éxito económico se decide en el mercado, esto es, en un marco de competencia, donde siempre resulta mejor parado aquel que aprovecha todas las posibilidades existentes para configurar su oferta de manera favorable; es más, cualquier vulneración de reglas cuya observancia implica costes genera una ventaja desde el punto de vista competitivo. Siempre y cuando el aprovechamiento de todas las posibilidades, cuando no la violación de reglas, a la larga no resulte remunerado por el mercado, no se da ninguna especialidad principal. Con un ejemplo, productos que rayan al borde del estándar todavía permitido a la larga son únicamente comercializables como productos de bajo precio y productos con deficiencias de seguridad desaparecerían también a la larga del mercado aunque no existiese responsabilidad por el producto. Pero si el hecho de extremar los límites existentes, cuando no transgredirlos, no perjudica a larga vista al adquirente potencial, porque los perjuicios precisamente recaen —real o supuestamente— sobre la generalidad o sobre cualesquiera otras personas distintas al adquirente, el mercado remunera ofertas a precio especialmente bajo y, por ello, existe en tales casos una incitación permanente a aprovechar la frontera de lo permitido y a arriesgar transgresiones que se puedan solapar.

Ante esta situación, el desarrollo de estándares de respeto, por ejemplo hacia los llamados bienes colectivos —de manera distinta al desarrollo, pongamos por caso, de los estándares denominados «reglas de la técnica»— no puede dejarse en manos del propio mercado; pues el titular de estos bienes no está representado dentro del mercado, como lo está el afectado por las reglas de la técnica. Por lo tanto, los estándares deben dictársele al mercado desde fuera, lo cual no puede tener lugar a través de cláusulas generales por dos razones. En primer lugar, las instancias judiciales carecerían de conocimientos técnicos para su concreción y, en segundo lugar, en cada concreción todo autor objetaría que no pudo haber contado con dicha resolución. Los estándares deben más bien determinarse inelásticamente, bien como permisos individua-

les exactamente delimitados, o bien como valores-límite precisos de validez general.

Por consiguiente, no se debe prescindir de preceptos administrativos accesorios, tales como los que se encuentran principalmente en los delitos contra el medio ambiente, y todavía subsiste el problema de si la violación de los postulados jurídico-administrativos realiza un tipo penal. Es evidente que de manera general no se puede responder afirmativamente a esta cuestión, pero es igualmente evidente que en el contexto que estamos tratando sí se puede: se trata del reparto de recursos escasos como la pureza del agua, del aire, del suelo, etc., y el que actúa contra la ordenación del reparto no sólo contradice a la administración, sino que se adueña de algo que no le corresponde, le roba a la generalidad la —relativa— pureza del medio ambiente. Sólo en los casos en los que sin discrecionalidad administrativa existe un derecho de adjudicación puede hablarse de un delito contra la administración; en lo que resta, se trata de delitos contra recursos, los cuales ciertamente están sujetos al control de la administración pero no se agotan en intereses administrativos, además de que ni siquiera se pueden describir plausiblemente como tales. De manera crasa: el que careciendo de autorización contamina las aguas o almacena residuos o se comporta de manera similar, se equipara a aquel que sin estar autorizado tala algunos árboles en un monte comunal: es un ladrón de propiedad común. —Las extendidas dudas con respecto a la legitimación de los delitos contra el medio ambiente como tipos penales no deberían lograr imponerse, o al menos así cabe esperar.

V. CONCIENCIA DEL RIESGO

1. FUNCIONES MANIFIESTAS Y FUNCIONES LATENTES DE LA PENA

La sociedad es consciente de los riesgos y esto conduce a que se le exija al Derecho que la imposición de penas sea preventiva de una manera perceptible. Sin embargo, la prevención mediante pena, concebida ésta como pena impuesta *jurídicamente*, enseguida se ve sujeta a limitaciones que una sociedad consciente del riesgo no acepta porque le resultan dema-

siado restringidas; y de este modo surge la necesidad de un balance constante entre juridicidad y efectividad. La incompatibilidad entre juridicidad y efectividad óptimas constituye el problema central del Derecho penal (no sólo) moderno y por ello, de cara la exposición, es preciso retomar el tema con mayor profundidad.

Las personas en Derecho no se caracterizan primordialmente por la seguridad óptima de sus bienes, sino por ser reconocidas de manera general como portadoras de obligaciones y derechos, es decir, por ostentar el correspondiente status. Un hecho penal —de forma paralela a lo anterior— no puede definirse como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es el elemento decisivo del hecho penal, como nos enseña la punibilidad de la tentativa, y no la lesión de un bien. De nuevo de forma paralela a lo anterior, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención de delitos se encuentran con respecto a la pena en una relación excesivamente elástica como para poder pasar por funciones de la misma. La pena ha de entenderse más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este —si se quiere— fin de la pena siempre.

Ahora bien, la función manifiesta de la pena de confirmar la identidad de la sociedad no excluye el aceptar como función latente una dirección de la motivación: la repetida marginalización del hecho y confirmación de la estabilidad social excluye formas de comportamiento delictivas del repertorio de las sugeridas por doquier, cuando no incluso recomendadas, en otras palabras, en la planificación cotidiana normal no se reflexiona en primer lugar acerca de la posibilidad de un proceder delictivo. Esta es la denominada prevención general positiva como función latente de la pena. A ella también se le puede añadir aún un efecto intimidatorio, es decir, una prevención negativa, y otros más.

La separación del efecto confirmante y de los efectos preventivos de la pena, esto es, la división entre funciones mani-

fiestas y funciones latentes, es de gran importancia, pues la pena se dirige en cada función a destinatarios distintos. El efecto confirmatorio va destinado a *personas*, es decir, a partícipes de la comunicación que son presentados como dispuestos jurídicamente, y, ciertamente, a todos ellos. El daño de la pena dirigido al autor e infligido a través de la privación de medios de desarrollo (libertad, dinero) no persigue provocar miedo o compasión u otros estados psíquicos, sino que es únicamente portador del significado: no hay que adherirse al hecho. Ya el mero juicio de culpabilidad tiene dicho significado, pero al igual que el hecho es más que una afirmación, es decir, también es su objetivación, el juicio de culpabilidad ha de hacerse igualmente duradero, objetivarse, lo que significa que la pena debe ser ejecutada. La función abierta se obtiene, por lo tanto, en la comunicación personal; se trata sólo de poder cerciorarse de qué es Derecho y qué es injusto. KANT caraterizaría a los destinatarios como *homo noumenon*. Con las funciones latentes ocurre de manera distinta. Habituarse a la fidelidad jurídica o incluso dejarse asustar no son reacciones personales. Las personas no precisan de habituación o de intimidación, pues, como ya se dijo, son presentadas únicamente como partícipes de la comunicación dispuestos jurídicamente. Solamente debe ser dirigido mediante habituación o intimidación aquel que de por sí carece de disposición jurídica, de nuevo en el lenguaje kantiano, el *homo phaenomenon*, el individuo que se debate entre la apetencia y la inapetencia.

2. EL DENOMINADO DERECHO PENAL DE ENEMIGOS

A) *Individuos enemigos como entorno no deseable*

También una sociedad que es consciente del riesgo puede determinar la pena según su función abierta, es decir, para confirmación de la identidad normativa, y suponer que con el tiempo emanará prevención suficiente. Que la sociedad actual, acostumbrada a debatir casi diariamente en cuestiones de seguridad, disponga de una capacidad de aguante suficiente es algo ciertamente cuestionable. Pero además, tampoco sería correcto dejar que la función latente transcurra siempre en un segundo plano; en otras palabras, la pena determinada confor-

me al Estado de Derecho es insuficiente en algunos ámbitos. De lo que aquí se trata es de la diferencia, ya señalada al comienzo, entre el concepto de Derecho penal y lo solamente llamado Derecho penal, en *cuyo* concepto todavía queda por indagar. Con la mayor brevedad:

Un estado de juridicidad es un estado de validez del Derecho; dicha validez puede, ahí está incluso el quid de la cuestión, mantenerse contrafácticamente en cuanto que un comportamiento corruptor de la norma es marginalizado. Pero sin algún cimiento cognitivo, la sociedad constituida jurídicamente no funciona, pues en ella no sólo confirman su identidad personas heroicas, sino que también individuos temerosos quieren encontrar su modo de supervivencia. Para la mayoría de los ciudadanos la supervivencia individual está *por encima* de la juridicidad; si no, no habría dictaduras —el que es capaz de morir, no puede ser obligado por la fuerza—. Además de la certeza de que nadie tiene derecho a matar ha de existir también la de que con un alto grado de probabilidad nadie va a matar. Ahora bien, no sólo la norma precisa de un cimiento cognitivo, sino también la persona. El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que *todo* esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario. Sin duda, esto permite todavía mucho, más que en la legítima defensa, en la cual la defensa necesaria sólo puede ser reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho penal de enemigos, como se va a ver a continuación, se trata de la defensa también frente a agresiones futuras.

El Derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un Derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquél, una vez indagado en su concepto, se revela como Derecho. Particularidades típicas del Derecho penal de enemigos son: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la pers-

pectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129.*a* StGB), o de producción de narcóticos por bandas organizadas [§§ 30.I.1 y 31.I.1 BtMG][2]; 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa (§§ 129.*a*.II, 211.I y 49.I.1 StGB) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas; 3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica [Primera Ley para la Lucha contra la Delincuencia Económica, de 29 de julio de 1976, BGBl[3] (3) I, p. 2034; Segunda Ley para la Lucha contra la Delincuencia Económica, de 15 de mayo de 1986, BGBl I, p. 721], el terrorismo [art. 1 de la Ley para la Lucha contra el Tráfico Ilegal de Drogas y otras Formas de Delincuencia Organizada], pero también —con alguna pérdida de contornos— los delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas [Ley para la Lucha contra los Delitos Sexuales y otras Conductas Penales Peligrosas, de 26 de enero de 1998, BGBl I p. 160], así como —abovedando todo— la delincuencia en general [Ley para la Lucha contra la Delincuencia, de 28 de octubre de 1994, BGBl I p. 3186]; 4) supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico.

Con este lenguaje —adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales—, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de quiénes son considerados como enemigos. El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delincuencia sexual; ya el antiguo delincuente habitual «peligroso» según el § 20.*a* StGB [suprimido por la Primera Ley de Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969, BGBl I

---

[2] *Betäubungsmittelgesetz* (Ley de narcóticos).
[3] *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial del Estado Federal).

p. 645]) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, o el ya antiguo «complot de asesinato»), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta.

Si las apariencias no engañan, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más. Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del Derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o las diferentes culturas son meros añadidos a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolclore de *una* cultura; o bien —y esa es la variante peligrosa— las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos *junto a* los otros, y, como cualquier instrumento, es abandonado cuando ya no se necesita más. A quien le resulte esto exagerado, que lea la *Carta sobre la tolerancia* de John LOCKE, que no sin fundamento tenía fama de liberal.

Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella. A falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente del riesgo no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a base de medidas policiales. Por ello, hoy en día no existe ninguna otra alternativa visible. La seguridad cognitiva, que en el Derecho penal de ciudadanos puede sobrevenir al mismo tiempo de un modo incidental, por así decirlo, se convierte en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal. En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condi-

ciones del entorno aceptables, por medio de la —*sit venia verbo*— neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas. Es verdad que el procedimiento para tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal de enemigos es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo. Todo esto suena chocante y, ciertamente, lo es, pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, que contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad. Pero solamente con la *ultima ratio* de KANT, según la cual cualquiera puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del Estado, no se esquiva el problema de cómo proceder frente a aquellos que ni se dejan coaccionar ni se mantienen apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador, como enemigos. Es tarea aún recién iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho penal de enemigos y separarlas de las del Derecho penal de ciudadanos para, dentro de este último, poder insistir aún con mayor firmeza en el tratamiento del delincuente como persona jurídica.

B) *El enemigo como corruptor*

Del enemigo, quien con sus acciones no ataca realmente la identidad social sino más bien la seguridad de los bienes, hay que distinguir al corruptor, el enemigo interno en contraposición al externo, por quien son puestos en entredicho los principios de la comprensión normativa, y quien ataca, por tanto, la identidad normativa y, con ello —no la seguridad de los bienes, sino— la seguridad de las valoraciones. En resumidas cuentas, el enemigo interno sostiene que aquello que se le presenta como algo sagrado no es sagrado, y lo que se presenta como profano no es profano. El panorama de conductas, en las cuales se trata siempre de interacciones simbólicas, abarca desde la difusión de medios de propaganda de organizaciones anticonstitucionales o la utilización de sus distintivos (§§ 86 y

86.*a* StGB), pasando por la difamación al Estado y sus símbolos (§ 90.*a* StGB), la instigación popular (§ 130 StGB) la exaltación de la violencia (§ 131 StGB) y llegando hasta la recompensa o aprobación de hechos delictivos (§ 140 StGB) o la denominada «mentira de Auswitz» (§ 194.I.2 y 3 y 194.II.2 y 3 StGB). En cierta medida no cabe duda de que en lo relativo a dichas conductas suelen articularse la obstinación política y la ignorancia absoluta, y, por esta razón, a lo delitos mencionados no hay nada que objetarles como protectores de la juventud. Por lo demás, como parte del Derecho penal nuclear atestiguan una crisis de legitimación de la sociedad, un problema cuyo análisis sobrepasa con mucho la capacidad de la ciencia del Derecho penal y para cuya solución el aporte jurídico-penal podrá ser sólo marginal.

VI. INTERNACIONALIZACIÓN

1. Desespecificación

La sociedad, ya para finalizar, evoluciona hacia una sociedad que aglutina una gran parte del mundo, lo cual obliga —aunque sea someramente— a una toma de postura en relación a tres problemas. Primero, al problema de la desespecificación de ordenamientos normativos; segundo, al de la relación entre los distintos ordenamientos específicos; y tercero, al problema de la injerencia jurídico-penal en ordenamientos ajenos.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la desespecificación, ante todo hay que recordar que el sistema rector de la sociedad lo constituye la economía, y en orden a sus necesidades a la economía le basta con que el Estado, en lo relativo a las relaciones de los ciudadanos *entre sí* (dejando al margen el problema de las prestaciones *estatales*), se limite a las relaciones negativas: el otro no puede ser lesionado, su propiedad está protegida; ésa es la retribución jurídica fija. Prestaciones que van más allá del cumplimiento de dichos deberes negativos, es decir, la parte variable de las relaciones, sólo se pueden convenir voluntariamente. Ante esta situación, esto es, la tendencia a la reducción de la retribución jurídica en las relaciones entre ciudadanos hasta la mera no intromisión, en la con-

vergencia de ordenamientos se acabará imponiendo aquel que esté más fuertemente dominado por esta tendencia. Ejemplos constituyen quizá la transferencia de la moral sexual liberal de los países no católicos a los países católicos, o la transferencia a la República Federal Alemana de la actitud de los Países Bajos frente al aborto, y se puede predecir la transferencia de la aplicación de la eutanasia allí existente. Mientras persistan diferencias que no se pueden reducir a folclore —la pena corporal en el Sur asiático, la desigualdad de sexos en los países islámicos, y demás violaciones de derechos humanos en diversos lugares de la tierra—, no se puede hablar de *una* sociedad, pues en la misma proporción falta precisamente un entendimiento normativo. Los contactos también siguen siendo posibles en ese caso, inclusive contactos intensos, pero sólo de tipo instrumental.

2. Concurrencia de ordenamientos específicos

En segundo lugar, si se importan a la República Federal Alemana elementos específicos de otros países, existen tres posibilidades de reacción: 1) el quebrantamiento de la norma se considera folclore, o 2) se explica a través de la socialización exótica del autor, el cual es con ello disculpado total o parcialmente, como sucede, por ejemplo, con la reducción de la pena del asesinato alevoso, cuando éste constituía un mandato según las costumbres del país de origen del autor y según las reglas locales también se puede fundamentar una corresponsabilidad de la víctima, o 3) se declara la cultura ajena como incultura sin prestarle mayor atención, es decir, se trata el conflicto exclusivamente según las reglas de la propia cultura, como, por ejemplo, cuando se trata de juzgar a otras etnias que ejecutan sus «limpiezas» en nuestro propio círculo jurídico. En definitiva, todo depende de si el conflicto se puede remitir a un ordenamiento jurídico ajeno que no concurre seriamente con el propio ordenamiento, es decir, que no lo amenaza; entonces, la indulgencia es posible. Por lo demás, en la importación de inmoralidades no se puede tener consideración con lo ajeno.

3. INJERENCIA, ESPECIALMENTE EN CASO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Mientras que los dos primeros problemas se plantean ya desde hace tiempo —sin duda no con la masividad con que lo hacen hoy y lo harán probablemente en el futuro— el tercer problema es novedoso. Se trata de la reacción jurídico-penal ante la violación de derechos humanos de ciudadanos de otro país cometida en dicho país, ya sea a través de un tribunal internacional, o a través de uno nacional. De la madeja de problemas, baste aquí con tirar de un solo hilo, a saber, la relación del principio *nulla poena* con el fin de la pena. En los supuestos esbozados, no se puede sostener que en el momento y lugar de su realización los hechos hayan sido realmente punibles, en el sentido de que el autor tendría que haber contado con el castigo penal con una probabilidad considerable. O bien faltaba ya el tipo penal, o éste fue derogado. La punibilidad espacial y temporal ha de entenderse, por tanto, normativamente, a menos que el principio *nulla poena* se quiera desechar por completo, y ello significa que, o bien hay que acogerse a una regulación internacional que no estaba implantada en el lugar y al tiempo del hecho, o bien hay que atender a la regulación del lugar del hecho que se hubiese aplicado si en el país se hubiese procedido con respeto hacia los derechos humanos, o bien hay que acogerse al Derecho natural, el cual, claro está, no satisface igualmente al principio *nulla poena*. En todos los casos se reemplaza la validez real por una validez postulada; el autor no se ha sustraído a un ordenamiento realmente vivido, sino que no ha puesto en práctica un ordenamiento postulado.

Pues bien, puede que este traspaso del ordenamiento real al ordenamiento postulado se considere irrelevante siempre y cuando los postulados estén bien fundamentados, pero con ello se está destruyendo el principio *nulla poena*: éste solamente es necesario en todos aquellos casos en los que con posterioridad al hecho existen buenas razones para una pena. El principio *nulla poena* tiene la función —prescindiendo de las argumentaciones psicologicistas de *Hobbes*, pasando por *Feuerbach* y llegando a la actualidad— de limitar la pena a aquellos hechos contrarios a ordenamientos *en funcionamien-*

to, contrarios a la constitución *realmente existente* de la sociedad y, para ello, no basta con un postulado emitido antes del hecho, sino que debe tratarse de una norma *establecida* en la comunicación con anterioridad al hecho. Sólo con respecto a lo que ya existe puede uno cerciorarse a través de la pena; el Derecho penal únicamente puede preservar una constitución normativa existente, pero no conducir a tiempos mejores.

Estas objeciones no van a poder detener la tendencia actual. Por lo que parece, existen poderosos incentivos para la injerencia penal. En primera línea, hay que mencionar las comprensibles reivindicaciones por parte de la víctima de venganza de aquellos por quienes fue subyugada. Más allá, se trata seguramente también de la demostración del ordenamiento protector de los derechos humanos como un ordenamiento bien meditado; cuando uno sabe con bastante exactitud que tiene razón, puede imponer su modo de parecer a sangre y espada y «castigar» a los incrédulos empedernidos. Y posiblemente sobrevendrán otras cosas. De todo ello tendrá que indagar la ciencia su verdadero concepto, pero lo cierto es que parcheando la rotura existente entre un ordenamiento real y un ordenamiento postulado no se va a conseguir.

CAPÍTULO II
PERSONALIDAD Y EXCLUSIÓN EN DERECHO PENAL *

SUMARIO: I. LA PERSONA COMO PERSONA EN DERECHO.—II. PRIVACIÓN DE DERECHOS SIN EXCLUSIÓN: 1. *Pena.* 2. *Legítima defensa, estado de necesidad defensiva, riesgo permitido.*—III. ¿PRIVACIÓN DE DERECHOS POR VÍA DE EXCLUSIÓN?: 1. *Límites del estado de necesidad ofensivo.* 2. *¿Exclusión de la víctima de un hecho no culpable?* 3. *El feto, ¿persona o mero bien?*—IV. AUTOEXCLUSIÓN.—V. EXCLUSIÓN MEDIANTE PÉRDIDA DE UN DEBER.—VI. PERSONALIDAD POR LA FUERZA.—VII. RESUMEN.

I. LA PERSONA COMO PERSONA EN DERECHO

«Al ser humano se le denomina persona, en tanto que disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil» (§ 1, Tít. 1, Parte II, Derecho común prusiano de 1794), a lo que hay que añadir que también en tanto que tiene que soportar deberes; en otras palabras, personas son destinatarios de derechos y deberes y viceversa [1]. Como derecho original y deber original se puede contemplar la facultad abstracta de adquirir derechos y deberes concretos: es persona quien es capaz jurídicamente. Por consiguiente, está excluido del ámbito de las personas aquél

---

* La presente versión ha sido publicada en idioma alemán en: *Festschrift für Dionisios Spinellis*, Atenas, 2001, págs. 447 y ss. Título del texto original: *Personalität und Exklusion im Strafrecht*; traducción de Teresa Manso Porto, colaboradora científica en el Instituto Max Planck y en la Facultad de Derecho de Friburgo. Una versión anterior de esta contribución fue leída por el autor el 31 de agosto de 2000 ante la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

[1] Ése es el concepto jurídico de persona; v. SCHILD, Person IV en: RITTER et al. (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie,* t. 7, 1989; sobre el concepto filosófico v. KOBUSCH, *Die Entdeckung der Person,* 2.ª ed., 1997, FUHRMANN, *Person I,* KIBLE, *Person II,* SCHERER, *Person III,* en: RITTER, *op. cit.;* v. asimismo RHEINFELDER, *Das Wort «persona»,* 1928; sobre la propia postura v. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft,* 2.ª ed., 1999, págs. 29 y ss.

que no puede «disfrutar» de ningún derecho ni soportar ningún deber; parcialmente excluido está quien no participa de determinados derechos y deberes. Es evidente que la exclusión no ha de entenderse como mero no tener, pues en la gran mayoría de los casos un mero no tener no resultará de una capacidad jurídica deficiente, sino de un determinado modo de existencia personal, o de un determinado uso por la persona de sus derechos y deberes, o puede tratarse, en cambio, de la consecuencia de impedimentos fácticos. Por ejemplo, quien ha pagado su deuda, no está excluido del deber, sino que lo ha apartado de su organización, quien tiene que hacer regresar a su perro con un silbido, no está excluido de la libertad de comportarse silenciosamente, sino que ha de asumir las consecuencias de su organización, y quien no tiene dinero para comprarse una casa, está impedido sólo fácticamente (a no ser que no le esté *permitido* disponer de dinero, en cuyo caso estaría excluido). Una exclusión existe cuando *el propio Derecho*[2] no deja que el individuo avance hasta ser persona en Derecho, quedando limitado aquí el enfoque a individuos humanos. Así, por ejemplo, los niños están excluidos del derecho al voto; no son personas con derecho a voto.

El concepto moderno de exclusión tiene su origen en la teoría de los sistemas, aunque allí no se opone al concepto de personalidad, sino al de inclusión[3]. Dado que la persona ha de ser entendida como «restricción de posibilidades de comportamiento atribuida individualmente»[4], es decir, como una construcción comunicativa relativa a expectativas sociales, con la exclusión también debería producirse siempre como resultado una despersonalización. Sin embargo, *Luhmann* habla también de «personas no integrables»[5], eso sí, utilizando un

---

[2] El problema de las decisiones erróneas por parte de los órganos de justicia (me privan de mi propiedad por un error jurídico ¿exclusión?) queda aquí fuera de consideración.

[3] LUHMANN, *Exklusion und Inklusion*, en el mismo, *Soziologische Aufklärung* 6, 1985, págs. 237 y ss.; el mismo, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. 2, 1997, págs. 618 y ss.; conciso e instructivo BARALDI, en BARALDI, CORSI, ESPOSITO, *GLU. Glossar zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 1997, págs. 78 y ss.

[4] LUHMANN, *Die Form Person*, en el mismo *Soziologische Aufklärung* 6, 1985, págs. 142 ss., 148.

[5] Gesellschaft (n. 3), págs. 620 y ss.

concepto de persona normativamente decolorido: persona «como señas de identidad que se toman como referencia en el proceso de comunicación»[6]; parece que para él no se trata tanto de la dotación normativa de la persona como de su delimitación con el sistema de la conciencia. Es por esto que en *Luhmann* las personas pueden ser excluidas sin que pierdan el ser-personas, como, por ejemplo, cuando en sociedades estratificadas pierden el estatus de pertenencia a una determinada capa social[7], aunque no puede excluirse, al menos como supuesto límite, la pérdida de la personalidad[8], como en el caso del condenado a perder la paz **[9]—. En las sociedades modernas, diferenciadas funcionalmente, cualquiera puede en principio elegir sus inclusiones[10] (formación, economía, religión, etc.), lo cual, por razón de las mezclas —nadie puede estar siempre incluido en todas partes—, conduce a perfiles de personalidad no asegurados, faltos de esclarecimiento[11]. Un mínimo de inclusión es indispensable para poder seguir incluyéndose[12] (al que teniendo escasa formación carezca de vivienda y dinero le resultará difícil imponer su derecho); los que están fuertemente excluidos pierden su rol de personas y son devueltos a su corporalidad[13].

En el esquema presentado aquí, el concepto de persona se limita al de persona *en Derecho*. A quien no es persona se le denomina «individuo». Es más, el concepto de sociedad se

---

[6] Gesellschaft (n. 3), pág. 620, n. 42, si bien amparándose nuevamente en el ya mencionado (n. 4) concepto de persona, cargado normativamente.

[7] LUHMANN, *Exklusion* (n. 3), págs. 243 y ss.; el mismo *Gesellschaft* (n. 3), pág. 622.

[8] LUHMANN, *Gesellschaft* (n. 3), pág. 623.

** El condenado a la pérdida de la paz *(Friedlosigkeit)* en el derecho germano era expulsado de la comunidad y quien lo encontrase podía golpearlo hasta la muerte como si se tratara de un «lobo salvaje» [N. T.].

[9] Acerca de los efectos excluyentes de la condena a pérdida de paz v. HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters,* 1.ª parte, 1920, págs. 414 y ss.

[10] LUHMANN, *Gesellschaft* (n. 3), pág. 625.

[11] LUHMANN, *Gesellschaft* (n. 3), pág. 627; el mismo, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichbare Normen?,* 1993, pág. 16.

[12] LUHMANN, *Exklusion* (n. 3), págs. 259 y ss.; el mismo, *Gesellschaft* (n. 3), págs. 630 y ss.

[13] LUHMANN, *Exklusion* (n. 3), pág. 262; el mismo, *Gesellschaft* (n. 3), págs. 632 y ss.

refiere aquí solamente a comprensión normativa, es decir, a la comunicación social orientada estructuralmente[14]. Todo lo demás es «espacio libre». Podrá ordenarse seguramente con criterios diversos —por intereses coincidentes de los individuos, de acuerdo a la psicología de masas, bajo la suposición de una mano invisible o con muchos otros—, pero estos criterios, o bien contienen a su vez una comprensión normativa de manera encubierta, o bien no conducen más que a una comunicación instrumental, y esto último denota únicamente una suma de individuos, es decir, no alcanza el nivel de una sociedad estructurada. Por ejemplo, el intercambio meramente instrumental de objetos asegurado sólo cognitivamente y no acompañado de expectativas normativas[15] es a lo sumo, a falta de una estructura normativa, una estructura social previa de carácter amorfo que, al menos en el contexto *jurídico*, no interesa. El mundo «social» instrumental se podrá explicar de manera reduccionista, es decir, a través del código apetencia/inapetencia correspondiente a los individuos o, dicho más amablemente, a través de sus intereses. El mundo social personal, por propia definición, no se puede explicar de este modo: la persona se define a través de sus derechos y deberes, ello sin atender a la consensualidad individual de las normas[16], bien en el caso concreto, bien de manera general.

II. PRIVACIÓN DE DERECHOS SIN EXCLUSIÓN

1. PENA

¿Es excluido el *autor penal*, en caso de pena de muerte, de manera total, en caso de pena privativa de libertad, como persona que dispone de libertad corporal y, en caso de pena de

---

[14] Más detalladamente JAKOBS (n. 1), págs. 44 y ss., 51 y ss., 63 y ss.

[15] Más exactamente, el intercambio no acompañado de expectativas normativas *aseguradas socialmente*; v. a este respecto JAKOBS en, HÖVER (ed.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, 1999, págs. 5 y ss., 7 y ss., 27 y ss.

[16] V. a este respecto Jakobs (n. 1), págs. 44 y ss.; sobre las explicaciones reduccionistas frente a las orientadas al sistema social v. BOHNEN, *Handlungsprinzipien oder Systemgesetze*, 2000, con referencias de algunos clásicos de la modernidad.

multa, como propietario en un ámbito concreto? Existen dos concepciones según las cuales se puede hablar de una exclusión, que son la concepción idealista-subjetiva de FICHTE y la instrumental, de la que se considera representante a VON LISZT.

En FICHTE se genera «el Estado para cada individuo a través del contrato»[17], el cual el autor penal quebranta y el Estado declara, por tal motivo, rescindido, de manera que el Estado y el individuo, a falta de relación jurídica, ya no son «absolutamente nada el uno para el otro»[18]. El Derecho se ha suprimido, de modo que el autor penal es tratado «de manera totalmente arbitraria», no con Derecho, pero tampoco contra el Derecho[19]. «... el condenado es declarado como cosa, como una bestia»[20]. La condena del Estado es declarativa; propiamente se trata de una autoexclusión del autor penal[21], y éste es el mochuelo de dicha teoría: cuando el quebrantador de la norma puede decidir sobre los límites personales de la sociedad (lo que obviamente no es sino una consecuencia del pensamiento contractualista[22]), *el hecho penal ni siquiera puede* definirse como conflicto social, pues, efectivamente, la sociedad es empequeñecida por el hecho penal, pero no perturbada. En definitiva, el conflicto afecta al tamaño, pero no al contenido normativo, a la estructura de la sociedad[23].

VON LISZT —siguiendo a VON JHERING, para quien el derecho penal jugaba sólo un papel marginal— desencadena la «idea de fin en derecho penal»[24], lo que fundamentalmente significa que la pena no tiene un sentido para el autor penal,

---

[17] *Grundlage des Naturrechts nach den Principien der Wissenschaftslehre,* Obras Completas, J. H. FICHTE (ed.), vol. 1, sec. 2.ª, s., pág. 278.

[18] (N. 17), pág. 278.

[19] (N. 17), pág. 278.

[20] (N. 17), págs. 278 y ss.; inmanentemente crítico al respecto desde una postura por lo demás afirmativa ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre,* J. G. FICHTES, 1981, págs. 104 y ss., 108 y ss.

[21] Esta autoexclusión la aminora FICHTE a través de un pacto expiatorio (n. 17), págs. 261 y ss.

[22] En contra de su idoneidad como fundamento de una norma JAKOBS (n. 15) *ibidem*; el mismo (n. 1), págs. 63 y ss. y *passim.*

[23] JAKOBS (n. 1), págs. 101 y ss.

[24] ZStW 3 págs. 1 y ss.

sino que únicamente le coerce: «la pena es coerción» en forma de «corrección», «intimidación» o «inocuización»[25]; lo último se aplica a los «incorregibles», y éstos son considerados como «males cancerígenos», como «fenómeno social patológico», como «el estado mayor de los principales adversarios del orden social»[26], etc., es decir, como —*sit venia verbo*— bestias inteligentes. La exclusión no resulta más débil que en FICHTE, pero, analizada más detenidamente, se trata de la exclusión de una «sociedad» segmentada en individuos poseedores de bienes[27]: el hecho penal perturba a la «sociedad» porque perturba el orden de distribución de bienes, mientras que la estructura normativa de la «sociedad» y de la «persona» es un simple derivado de la estructura de relaciones de posesión de bienes. —Al problema del autor penal como adversario se volverá a hacer referencia (*infra* IV)—.

Ocurre de manera distinta cuando el *autor penal* es concebido *como persona*. Aquí, el autor ha creado un mundo paradójico: como persona, es definido a través de la expectativa de que ha de atender al seguimiento de la norma, pero se comporta como si la norma no le atañera —sólo persona formal—. De la paradoja sólo se libra el autor mediante una paradoja más: como persona y, con ello, como quien decide competentemente sobre la validez de la norma, tiene que hacer constar que su hecho era incompetente. En la pena estatal, esto lo asume el Estado: Él (es quien) disminuye los medios de libertad de la persona, lo cual solamente puede tener algún sentido si se trata de medios en manos de instancia competetente, es decir, de medios de una persona y no de una bestia inteligente, y con ello demuestra la incompetencia del empleo de dichos medios. En cualquier caso, y eso es lo relevante aquí, el autor penal no resulta excluido, es más, la pena sólo tiene un significado *porque* él es persona[28].

---

[25] (N. 24), págs. 33 y 35.

[26] (N. 24), págs. 36 y ss.

[27] (N. 24), pág. 21.

[28] Más detalladamente JAKOBS (n. 1), págs. 103 y ss.; el mismo en KODALLE (ed.), *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?* 1998, págs. 29 y ss., 31 y ss.

2. LEGÍTIMA DEFENSA, ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO, RIESGO PERMITIDO

¿Se excluye a sí mismo *el agresor* contra quien se puede actuar dentro de los límites de la legítima defensa con todos los medios necesarios? La limitación a lo necesario no prueba de por sí que el agresor siga siendo persona; podría haber sido degradado a un mero bien que pueda ser destruido, pero no de forma inútil, sino sólo en la medida de lo necesario. La agresión es un acto de organización de una persona, la cual, como sinalagma de su libertad de organización, debe cargar con los «costes» de un abuso de dicha libertad. Una exoneración de este deber no entra en consideración, ni siquiera tratándose de crasas desproporciones, si por agresión se entiende un comportamiento *culpable* —así la postura moderna[29]—. Que el agresor retire él mismo su agresión (lo cual a menudo no «costará» mucho) o que otro disponga una defensa que implique una intervención intensiva es, a los efectos que aquí importan, idéntico fenómeno en cuanto que es el mismo el competente por los costes: el agresor, quien, por lo tanto, no es excluido, sino precisamente requerido como persona obligada a soportar los costes.

De modo equivalente sucede en el estado de necesidad defensivo. El titular del ámbito de organización desde el cual amenaza un peligro debe eliminarlo o hacer que lo eliminen. Esto no es sino, una vez más, el sinalagma de su libertad de organización. Como ciertamente no ha abusado de esa libertad antijurídica y culpablemente (si no, se trataría de legítima defensa), él mismo está igualmente necesitado y puede exigir solidaridad según las reglas generales, lo que significa que puede liberarse de la necesidad mediante omisión de la eliminación del peligro (liberación por omisión en estado de necesidad ofensivo[30]) si para mitigar el peligro tuviera que emplear

---

[29] JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* 2.ª ed., 1991, págs. 465 y ss., con referencias; acerca de las inaceptables desproporciones *op. cit.,* pág. 481 *in fine* y ss. La idea de que el agresor se lesiona a sí mismo ya se encuentra en la doctrina canónica de la culpabilidad; al respecto v. KUTTER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX,* 1935, pág. 366.

[30] JAKOBS (n. 29), págs. 520 y ss.

desproporcionadamente mucho más de lo que valen los bienes amenazados por el peligro.

Tampoco es excluida una persona cuando ha de soportar su destrucción a consecuencia de un comportamiento de riesgo permitido, pues no se le reclama una víctima para una libertad *ajena*, sino por la suya propia; y es que la posibilidad de elección del comportamiento de riesgo permitido pertenece también (al menos en abstracto) a la libertad de la víctima. Por ejemplo, todos pueden intervenir de forma permitida en el tráfico rodado y endosarse con ello otras consecuencias (o ejecutar justamente otro comportamiento arriesgado equivalente), y por eso cada uno ha de soportar el verse afectado por las consecuencias del uso de dicha libertad por parte de otros. El hecho de que se trata también de los costes de la propia libertad se hace evidente cuando éstos son tan altos que la libertad por el contrario carece prácticamente de peso. De nuevo con un ejemplo, si las víctimas del tráfico vacacional en época de veraneo estuviesen determinadas *ex ante*, es decir, no sólo según la cifra sino también en su identidad, y el tráfico rodado tuviera lugar a pesar de ello, entonces serían excluidas, lo que significa que con respecto a ellas el tráfico no podría tener lugar como algo *jurídico*.

III. ¿PRIVACIÓN DE DERECHOS POR VÍA DE EXCLUSIÓN?

1. LÍMITES DEL ESTADO DE NECESIDAD OFENSIVO

Cabe pensar que el Derecho exija de una *persona* (es decir, sin exclusión) el sacrificio de su propia vida. El sacrificio de la propia vida se podría considerar parte del rol de un guerrero[31] o, en épocas de fervor nacional, del rol de todo hombre apto para el servicio cuando la patria está en peligro, o bien del rol de todo *citoyen* cuando la comunidad lo exige. Así, en *Rous-*

---

[31] *No* lo considera como parte del rol, HOBBES, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates,* introducción de FETSCHER (ed.), traducción de Euchner, 1984, págs. 163 y ss., 170, 171 (cap. 21) *passim;* sobre esto v. DIX, *Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes,* 1994.

seau[32]: «El que quiera conservar su vida a costa de los otros, tiene que entregarla también por ellos en caso de que sea necesario.... Cuando el gobernante le ha dicho: al Estado le es urgente que mueras, entonces debe morir, pues hasta entonces solamente ha vivido con seguridad bajo esa condición y su vida ya no es únicamente un favor de la naturaleza sino una dádiva del Estado sujeta a condición». Quien ha comprendido la *volonté générale*, le da lo que ésta exige.

Si no ha de tratarse de una exclusión, entonces la exigencia del sacrificio de la propia vida debe dirigirse, como se dijo, a la *persona*, es decir, al portador de un rol que comprenda el sacrificio de la vida. Pues bien, en *abstracto* se pueden construir los roles más propensos al sacrificio —uno nace sólo para entregarse a los demás—. Pero no basta con idear un rol de esta clase y colocárselo a alguien; sino que el rol tiene que describir el verdadero estatus *jurídico* del otro, si es que éste ha de tener como persona el deber de sacrificarse, y ello implica que el rol de víctima encaje en el resto del sistema de determinación de personas practicado usualmente, es decir, que no aparezca como una carga arbitraria, sino como engarce consecuente de la situación encontrable por doquier. De manera crasa, un ordenamiento que por lo general le garantice a cada persona un derecho a la vida, no puede obligar al mismo tiempo a que determinadas personas donen órganos vitales para otras. Si, en cambio, actúa de este modo, entonces ha excluido a esas determinadas; ya no son —al menos en esa medida— personas, sino bienes, meros proveedores de órganos. Esta necesidad de sistema hace difícil en las sociedades liberales incrementar los deberes de sacrificio, ya que el caso general lo constituye en tales circunstancias la relación negativa —¡No perturbes a los demás!— mientras que la prestación positiva —¡Dale al otro de tu patrimonio!— no se puede fundamentar de manera inmediata y de manera mediata, sólo con bastante esfuerzo, esto es, con la carga de demostrar el beneficio para el propio prestatario[33]. —Por otra parte, nada obliga a que las

[32] *Staat und Gesellschaft (Du contrat social...),* tr. y com. de K. WEIGAND, 1959, pág. 33 (l. 2, cap. 5). ROUSSEAU lo refiere también a la pena de muerta *(ibidem)*: «... para no ser la víctima de un asesino, uno está dispuesto a morir, en caso de convertirse en uno».

[33] RAWLS logró este tipo de fundamentación sólo bajo la suposición

sociedades estén configuradas de forma liberal. También pueden estar orientadas, por ejemplo, al bien común; ROUSSEAU[34] ya se expuso anteriormente—.

Así pues, es inadmisible que en un conflicto se mate a una persona no interviniente por la vía del estado de necesidad ofensivo para mantener con vida a varias. En el ejemplo más conocido sobre esto[35], un tren que ya no puede ser detenido y que amenaza con estrellarse contra un tren de pasajeros, es desviado a un carril secundario, en el que, en cambio, arrolla a un obrero ferroviario —el desvío se produce antijurídicamente, pues al trabajador no se le puede caracterizar como persona a cuyo rol pertenece la renuncia a la propia vida—. Sin duda, se podría construir una persona que se tenga que subordinar a la supervivencia de otras, pero esto sólo se logra en un contexto en el que la solidaridad esté tan implantada que se hace elemento obvio de definición de una persona. En cambio, esto no tiene cabida en una sociedad liberal, aunque lo sea sólo en cierta medida. Disponer que alguien haya de servir como medio de salvamento para otros sería en dicha sociedad incompatible con la personalidad del que ha de sacrificarse —exclusión—.

---

radicalmente abstrayente de un «velo del no saber», *Eine Theorie der Gerechtigkeit,* 1975, págs. 159 y ss. Pero el planteamiento liberal puede no ser menos abstracto. —Fundamentalmente sobre la distinción entre deberes positivos y negativos v. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung,* 1999, p. 67 ss.—

[34] Es dudoso si tales sociedades pueden crearse como sociedades parciales mediante acuerdo. P. ej., en una expedición de cinco miembros se reparte entre todos ellos el aprovisionamiento, calculado demasiado escasamente por razones de peso, y se acuerda que los dos primeros que amenacen con quedarse atrás le cedan su parte a los de mejor condición. Para el planteamiento basado en la autonomía, los débiles son garantes del abastecimiento de los fuertes, ya que ellos mismos lo han puesto en juego. Para el planteamiento proteccionista, el acuerdo es nulo (a menos que sirva a fines superiores a todo lo demás).

[35] WELZEL, *ZStW* 63 págs. 47 y ss., 51. Acertadamente, KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 1997, pág. 283: «Pero el principio jurídico no tolera de ningún modo el empleo ni siquiera de una sola persona en derecho como objeto para otras».

En las comunidades de peligro[36] surgidas casualmente, se añade la particularidad de que sin el sacrificio de *una* vida se pierden *todas*, incluida la de la persona a través de cuya muerte se podría solucionar el conflicto. En la época del nacional-socialismo en Alemania, médicos de establecimientos para enfermos mentales encomendaban a *algunos* de sus pacientes a la campaña homicida organizada estatalmente para, de este modo, no ser relevados ellos de su posición y sustituidos por simpatizantes del partido totalmente complacientes, y así habían podido al menos rescatar, como resultado, a *algunos otros* pacientes[37]. Se podría argumentar que a las personas a quienes se matase no se les quitaría una oportunidad de sobrevivir, ya que su muerte de todos modos no se hubiese podido evitar. Puede que esto sea cierto (apartando la cuestión de si no se debió lograr un retardamiento para *todos*), pero la regla utilizada aquí, de que lo que de todas formas está perdido puede ser destruido para utilidad de otros, no existe como regla *jurídica*, de tal modo que la destrucción no se puede presentar como consecuencia del comportamiento personal de las víctimas o como su prestación personal. La conservación del mundo concebida como tarea de las personas que lo deben abandonar —ello presupone un entendimiento de la sociedad saciado de solidaridad—. De ello no sólo se carece hoy, sino que —y eso es lo decisivo— también se careció en su momento. La *liberalidad* impide *hoy* el reclamo de una víctima personal; *en aquel entonces* no se podía hablar de liberalidad, pero tampoco de un heroísmo de los oprimidos como práctica *jurídica*. Por ello, en el referido caso de homicidio de seres humanos enfermos mentales para salvación de algunos compadecientes se trata de una exclusión[38].

---

[36] Acerca de las comunidades de peligro surgidas por «acuerdo» v. *supra* n. 34.

[37] BGH NJW 1953 págs. 513 y ss.; OGH 1 págs. 321 y ss.; 2 págs. 117 y ss., 122 y ss.; Referencias bibliográficas en JAKOBS (n. 29), pág. 507, n. 46, pág. 712, n. 64; LK-HIRSCH (*Leipziger Kommentar*, JÄHNKE *et al.* (eds.), 11.ª ed., 13.ª actualiz., 1994) § 34 núm. marg. 65, asimismo (*op. cit.*, 16.ª actualiz., 1994) vor § 32 núm. marg. 212.

[38] A favor de la justificación *Brauneck* GA 1959, págs. 261 y ss., 271; OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965, pág. 109; RÖDIG en WARDA *et al.* (eds.), *Festschrift für Richard Lange*, 1976, págs. 39 y ss., 59, n. 44 (RÖDIG opina que el injusto del resultado no habría podido evitar-

2. ¿EXCLUSIÓN DE LA VÍCTIMA DE UN HECHO NO CULPABLE?

Urge abordar la cuestión de si la extendida postura de admitir en el referido supuesto un estado de necesidad suprapositivo[39] no conduce al mismo tiempo a una exclusión de la víctima, al menos a una exclusión jurídico-penal, pues la víctima sí pierde la garantía de que nadie la mate, *bajo apercibimiento de pena* para quien incumpla. La pregunta se puede ampliar: ¿acaso no constituye cualquier supuesto de inculpabilidad una exclusión de la víctima, puesto que se le quitaría la protección jurídico-penal? ¡De ningún modo!

Por un lado, el derecho penal alemán contempla causas de exclusión o de aminoración de la culpabilidad que la propia víctima debe asumir por ser consecuencias de su organización personal. Aquí, la víctima no puede ser nunca una elegida por el autor por circunstancias aleatorios, sino sólo aquella persona por quien ha sido organizada la situación conflictiva. Así ocurre en el exceso en la legítima defensa (§ 33 Código penal alemán: StGB): la culpabilidad psicológicamente fundamentable de quien se defiende desmesuradamente[40], no se fundamenta únicamente porque al agresor se le puede definir *como persona* predominantemente responsable por el conflicto. El hecho de que quien se defiende no sea culpable, significa que para el Derecho es naturaleza; *su* personalidad, por lo tanto, no se articula dentro del sistema, sino que *el no culpable* regresa al entorno del Derecho. De forma totalmente paralela, pero limitado a una exculpación sólo parcial, sucede con la forma

---

se; correcto, pero como *injusto de los médicos* claro que sí); MANGAKIS, *ZStW* 84, págs. 447 y ss., 476 y ss. con referencias n. 70 (el «respeto al ser humano» entraría «en contradicción consigo mismo» —pero en realidad sólo si uno se ciñe a lo cuantitativo—); v. asimismo GÜNTHER, *Strafrechtswissenschaft und Strafunrechtsausschluß*, 1983, págs. 333 y ss. (el valor del resultado compensaría el desvalor en parte, mientras que también se reduciría el desvalor de la acción —una solución basada igualmente en lo cuantitativo—).

[39] JAKOBS (n. 29), págs. 712 y ss. con otras referencias bibliográficas n. 64; LK-HIRSCH (n. 37), vor § 32 núm. marg. 212.

[40] Su existencia se muestra en el exceso putativo (inevitable) en la legítima defensa, donde a pesar de la situación psíquica completamente similar —pero que, precisamente, es distinta sociocontextualmente— no se disculpa; v. JAKOBS (n. 29), pág. 708 con referencias.

atenuada del homicidio, cuando éste es cometido tras una provocación de arrebato por parte de la víctima, de la que el propio homicida no tiene que responder (§ 213 StGB): el homicida provocado sin intervención propia puede ampararse en su naturalidad —si bien sólo parcialmente—, pues de ésta es predominantemente responsable la víctima que le ha provocado a cometer el hecho.

Por otro lado, en otras causas de exculpación, más exactamente, en otros comportamientos no culpables, la víctima no participa, o al menos no necesariamente, en la génesis del conflicto, como en el caso de la incapacidad de culpabilidad (§ 20 StGB) o el estado de necesidad disculpante (§ 35 StGB). Por consiguiente, aquí la víctima puede haber sido elegida por el autor por circunstancias aleatorias. El derecho penal trata a quien actúa sin culpabilidad como no responsable y, en cuanto tal, como naturaleza, es decir, no como persona. Con ello el conflicto se interpreta fuera del ámbito del derecho penal (puede que entonces se trate de un conflicto jurídico en el sentido del Derecho policial) y se define como conflicto con el entorno, lo que a su vez significa que *a la víctima* no se le quita su personalidad, pues el entorno no puede constituir personas y, del mismo modo, tampoco puede excluirlas. Excluido está, en cambio, *el incapaz de culpabilidad* o *el exculpado*.

3. EL FETO, ¿PERSONA O MERO BIEN?

Excluido está *el feto*, al menos en el supuesto de interrupción del embarazo; en otras palabras, no es persona. Y no lo es no sólo dentro del marco de una «solución» de plazos o de una interrupción posterior a una consulta, sino tampoco en el caso de interrupción con indicación médica en sentido estricto, tal y como ya fue formulado en el siglo XIX con la mayor claridad que se pueda desear. Así, HELSCHNER llama feto al que sólo «se está haciendo persona», pero lo trata como «sujeto de Derecho»[41], aunque sólo de manera relativa, pues no sucede así en caso de indicación médica: «Uno puede... ampararse en que la ley considera al feto como sujeto de Derecho protegido

[41] *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. 2, sec. 1, 1884, págs. 64 y ss.

en el sentido de que su natural desarrollo hacia una vida independiente no debe ser obstaculizado y en que, por tanto, dicha protección finaliza cuando la obtención de vida independiente es imposible mediante un parto que se produzca de forma natural»[42]. *Nota bene*, la protección que consiste en ser sujeto de Derecho finaliza; es decir, el feto es excluido, destruido *jurídicamente*, y no se trata acaso de que un sujeto de Derecho aún existente deba de tolerar su destrucción física: esto último sería totalmente descartable como deber jurídico de tolerar, ya que la destrucción física no puede ser expresada como una consecuencia de la personalidad en desarrollo del feto.

En época más reciente, la relación entre personalidad e indisponibilidad (lo que significa resistencia frente a ponderaciones) se enjuicia de distintos modos. Mientras que en parte se la considera aún como algo totalmente evidente[43] (que, además, lo es), otros autores intentan relativizarla con el argumento de que tampoco la vida después del nacimiento está libre de toda ponderación[44]. Pues bien, aquí se se pune en duda precisamente esto. El ser persona puede conducir, como ya se mostró anteriormente con respecto a la pena, a la legítima defensa y al estado de necesidad defensivo, así como al riesgo permitido, al deber de tolerar perjuicios, en caso necesario la muerte, pero este deber de tolerancia ha de poder explicarse como sinalagma de la libertad personal; el ser persona no es ponderable. Quien pondera, más bien ha optado ya por el tratamiento del feto como un mero bien, en detrimento de la personalidad[45].

A lo dicho no hay nada que añadir para el caso de inte-

---

[42] HÄLSCHNER (n. 41), pág. 68.

[43] Especialmente DWORKIN, *Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit,* 1994, págs. 49 y ss., 93 y ss., 156 y ss. y *passim.*

[44] ESER en ESER/KOCH *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich,* t. 3, 1999, págs. 513 y ss., 576 y ss. Críticamente JAKOBS en *Schriftenreihe der Juristenvereinigung Lebensrecht,* e. V. zu Köln, núm. 17, 2000, págs. 17 y ss., 25 y ss.

[45] En este sentido, acertadamente KÖHLER (n. 35), págs. 290 y ss.: si el feto tiene un derecho a la vida propio, se excluye que se le pueda matar en estado de necesidad ofensivo (v. sin embargo acerca de KÖHLER lo que sigue en el texto). Frente a KÖHLER, en *RG,* 61 págs. 242 y ss. no se admitió tal derecho, sino que se trató al feto como mero bien.

rrupción del embarazo dentro de un plazo sin consulta o tras previa consulta. Sí es necesaria, en cambio, una precisión en el caso de indicación médica, y es que se ha defendido la opinión de que ningún sujeto, ni tampoco el feto, puede «pretender para sí una existencia de su libertad que no le corresponda de manera objetivo-normativa», y este tipo de pretensión injustificada se elevaría ya cuando «el potencial de comportamiento externo del sujeto» perturba[46]. Por tanto, si se interrumpe un embarazo en el que, con las palabras ya mencionadas de HÄLSCHNER[47], «un parto que siga su proceso natural» produciría daños a la embarazada de relevancia existencial, la existencia del feto no le correspondería a éste «objetivo-normativamente», y *como persona* tendría que desistir de dicha existencia. Por lo tanto, si le matan, pierde solamente lo que como persona tendría que sacrificar.

Esta postura no es defendible. Cuando la salud de la embarazada colisiona con la vida del feto, entonces se podría imputar la colisión a la circunstancia de que el feto usurpa de modo fáctico lo que no le corresponde, pero igualmente se podría atribuir el conflicto a una constitución de la mujer embarazada, la cual en su insuficiencia se ha de enjuiciar «objetivo-normativamente» como aquejada de un defecto, y si para la decisión de imputación al feto o a la madre se atiende a la «situación normal», esto no sirve de ayuda, ya que no se puede fundamentar la relevancia jurídica de la normalidad. ¿Por qué el feto que le supone una carga excepcional a una embarazada normal no habría de tener derecho a una prestación excepcional? Al fin y al cabo, con los seres humanos nacidos tampoco se emplean razonamientos similares acerca de la normalidad.

Pero el punto débil de esta postura radica no sólo en la arbitrariedad con la que se le imputa exclusivamente al feto la razón del conflicto, sino en algo más profundo: el deber de tolerar en el estado de necesidad defensivo tiene su razón de ser en que se trata del sinalagma del derecho de organización de la persona desde cuyo ámbito de organización amenaza el

---

[46] KÖHLER GA 1988 págs. 435 y ss., 444 y ss.; v. asimismo SK-SAMSON (RUDOLPHI *et al., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* 7.ª ed., 32.ª actualiz., 2000) § 34 núm. marg. 45.

[47] (n. 41), pág. 68.

conflicto. Pero si no se trata ni siquiera de manera abstracta de consecuencias de una conducta de organizar, sino de la configuración de su organización impuesta a la persona *por la fuerza*, entonces no cabe el estado de necesidad defensivo. Con un ejemplo craso, si una persona es empujada por otros violentamente contra un tercero sin haber dado motivo para ello, evidentemente resultaría desproporcionado concederle al tercero derechos derivados del estado de necesidad defensivo contra la persona empujada; está claro, pues, que la persona empujada es por su parte víctima de una *vis absoluta*. Lo mismo sucede con el feto en el caso de indicación médica: en lo relativo a su dotación básica, el feto no tiene capacidad de organización ni siquiera en abstracto; por tanto, tampoco tiene ningún deber de tolerancia incrementado. Con ello se llega de nuevo a la conclusión de que el feto, en caso de interrupción del embarazo, tampoco es considerado como persona cuando dicha interrupción está indicada desde el punto de vista médico, sino que es excluido del Derecho.

IV. AUTOEXCLUSIÓN

Las personas son, como ya se ha dicho, «restriccion(es) de posibilidades de comportamiento atribuida(s) individualmente»[48]. Dado que aquí se trata sólo de personalidad jurídica, las personas son titulares de derechos y deberes. Pues bien, por un lado, uno puede inventarse ordenamientos jurídicos de contenido prácticamente aleatorio para luego tener que comprobar que en la vida social que está teniendo lugar nadie hace valer sus derechos y nadie satisface sus deberes. Se trata, pues, de ordenamientos inventados. Por otro lado, la gracia de un ordenamiento normativo está precisamente en que también tiene validez cuando los derechos no se reclaman y los deberes no se cumplen. Las expectativas normativas se mantienen contrafácticamente, en cuanto que es el fallo del quebrantador de la norma y no la expectativa lo que se define como razón del conflicto. Mientras que un fallo se tematice como fallo y no como libertad, el ordenamiento es válido. Sin embargo, este aspecto contrafáctico no se puede extender a placer, sino que

[48] LUHMANN (n. 4), *ibidem*.

las personas necesitan también de una cierta seguridad cognitiva para poder vincular su bienestar con el Derecho. De manera crasa, el que sabe que con bastante probabilidad va ser robado, lesionado o incluso matado no puede hallar su bienestar en la sociedad, incluso cuando es seguro que los hechos cometidos contra él no están permitidos y se tratan como injusto. En otras palabras, un ordenamiento tiene que estar, en general, revestido cognitivamente.

Pero no sólo el Derecho precisa de este aseguramiento cognitivo, sino que igualmente una persona sólo puede ser tratada de manera constante como persona si, en general, se comporta como tal. Por ejemplo, un autor que delinque una y otra vez de forma grave y no da muestra alguna de cambio en su comportamiento, se convierte en objeto de internamiento preventivo (§ 66 StGB) ***, y éste significa, a diferencia de la pena, no que se le toma en serio como persona, sino que en lo que afecta a la administración de su libertad, a falta de una garantía cognitiva suficiente, ya no puede ser tratado como persona. En este sentido es, por tanto, excluido, o más exactamente, presentado como alguien que a través de su comportamiento se ha excluido a sí mismo. Dicho en sentido *kantiano*, la pena tiene lugar frente al *homo noumenon*, el internamiento preventivo, frente al *homo phaenomenon*.

Obviamente, esta exclusión abierta no constituye el tema a tratar aquí; también es necesaria en un derecho penal cuya función primaria no es el mantenimiento de la seguridad cognitiva de los bienes, sino la garantía de la validez de las normas. Todo derecho penal de este tipo tendrá que atender en ciertos ámbitos a su función latente, esto es, a la garantía de la seguridad cognitiva, y en cuanto que esto sucede abiertamente, puede resultar vergonzoso el tener que cargar con este rescoldo de personalidad no llevable a la práctica, pero los partícipes, tanto el Estado como el delincuente y también terceros, saben de lo que aquí se trata.

Más peligrosa para el derecho penal de un Estado de derecho es la exclusión encubierta tras un derecho penal preventi-

*** El internamiento preventivo es una medida de seguridad que se aplica contra determinados autores de varios hechos penales graves cuando existe peligro de reincidencia [N. T.].

vo. La pluralización de los posibles modos de vida y la internacionalización de los espacios vitales posibilitan la creación de identidades al margen del Derecho: el Derecho se convierte en la estructura *externa* del sujeto o, más exactamente, en un elemento de la base de cálculo del individuo, y el individuo se despoja del lastre externo en cuanto le sea posible sin sufrir perjuicio. Un ejemplo claro de este desarrollo lo ofrece el contenido de los medios de comunicación de masas: lo marginal de antaño se ha vuelto capaz ser central en los medios. Una confirmación de la configuración social a través de la pena —esto es, de su función abierta— evidentemente que aporta menos, cuanto más se ofrezca día a día como alternativa a dicha configuración. Esto obliga ya a garantizar la configuración cognitivamente. Y hay que añadir que el sistema económico —un sistema director al igual que los medios de masas— exige una seguridad de los bienes efectiva, es decir, nuevamente una garantía cognitiva de la configuración social. Esto —se podrían añadir fácilmente otros condicionamientos— conduce a un derecho penal que no se dirige a *personas*, sino a *individuos*, los cuales en relación a un determinado comportamiento han de ser estimulados, en caso necesario desconectados y, ya en casos extremos, combatidos: derecho penal de enemigos[49].

El legislador alemán denomina abiertamente a algunos de sus productos de los últimos 25 años «leyes de combate»[50], si bien obviamente lo que aquel presenta como objetivo de combate es la delincuencia, no el delincuente. Cuando es evidente que el delincuente ya no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa. Entonces ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo. Así sucede cuando el delincuente, bien en su conducta (en los delitos sexuales), bien en su medio de vida (la criminalidad económica, el crimen organizado o la delincuencia relacionada con los estupefacientes) o bien a través de su vinculación a una

---

[49] A este respecto JAKOBS, *ZStW* 97, págs. 751 y ss., págs. 783 y ss.; el mismo en ESER *et al.* (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende,* 2000, págs. 47 y ss., págs. 51 y ss.

[50] Enumeración por JAKOBS en *Strafrechtswissenschaft* (n. 49), págs. 48 y ss., n. 10 a 14.

organización (terrorismo, de nuevo el crimen organizado y la delincuencia de estupefacientes[51]), se ha consagrado de modo tácito y duradero a la delincuencia. Este derecho penal de combate se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad[52], sin que dicha ampliación se vea correspondida con una rebaja de la pena, y por una pérdida de garantías procesuales. *Pars pro toto*: creación de una asociación delictiva o terrorista (§ 129 y § 129 a StGB); incomunicación (§ 31 y ss. de la Ley de Introducción a la Ley sobre la Organización Judicial) —se trata aquí de la interdicción del tráfico entre el preso preventivo y el defensor para evitar peligros *ajenos* al proceso—.

El desarrollo esbozado aquí no debe dar motivo alguno a increpaciones, ni tampoco ser visto únicamente como problema nuevo —baste recordar aquí la vieja configuración del delincuente habitual peligroso[53]—. Yendo más atrás, las bandas de ladrones[54] que desde la Guerra de los Treinta Años y hasta comienzos del siglo XIX creaban inseguridad en Alemania fueron combatidos, sin duda, *como enemigos*. Por lo general, resulta posible explicar por vez primera la personalidad del delincuente a partir de los sistemas filosóficos de KANT y HEGEL. Si se pretende increpar el derecho penal excluyente —abolirlo no va a ser posible— primero hay que reconocerlo algún día y llamarlo por su nombre, y en esto hasta el momento se ha hecho poco.

V. EXCLUSIÓN MEDIANTE PÉRDIDA DE UN DEBER

Que a una persona dejen de imponérsele *deberes* en contra de su voluntad ocurrirá muy rara vez, pero es algo posible y por ello se debe abordar de nuevo, al menos brevemente. Al tratar la falta de culpabilidad del autor de un hecho, ya se apuntó que la falta de culpabilidad excluye, ya que quien care-

---

[51] Antiguo es el problema del complot de asesinato.

[52] JAKOBS, *ZStW* 97 págs. 751 y ss.

[53] § 20 a StGB versión anterior, derogada por la Primera Ley de Reforma Penal de 25 de junio de 1969 (Boletín Oficial Alemán I, pág. 645).

[54] A este respecto RADBRUCH/GWINNER, *Geschichte des Verbrechens*, reed. 1991, págs. 347 y ss. y *passim*.

ce de culpabilidad no es tratado precisamente como persona. Por consiguiente, se trataría de una exclusión si se dispusiese legalmente que todos los mayores de 80 años son incapaces de culpabilidad y no tienen que responder ante los tribunales.

Una persona que juega un papel en la vida social no sólo es capaz jurídicamente, sino que *tiene* también derechos y deberes. La amplitud del círculo de deberes es, por regla general, un indicador del rango social: cuanto más importantes son los deberes, más elevado es el rango. De ahí se desprende que una persona puede ser excluida en contra de su voluntad en cuanto que no se le impone un deber que tienen que soportar otros. Si, poniendo por caso, en una comunidad pequeña todos los hombres mayores de 60 años tienen el deber de formar parte del consejo de administración durante medio año, sin ningún tipo de remuneración y sin ninguna perspectiva de beneficios de otra clase, entonces están excluidas en tal medida las mujeres: no son personas de dirección. Por esta razón precisamente, podría verse una exclusión de las mujeres en la limitación del deber de prestación del servicio militar a los varones (con lo que no se pretende afirmar que esto no pueda estar justificado materialmente). Y el que gana tan poco que no está dotado para ser contribuyente, puede ser que, si se concibe como persona, se empeñase en que tiene que aportar al menos un óbolo para estar afecto a todos los deberes personales y, en tanto en cuanto, diferenciarse más de los beneficiarios de una ayuda pública. Esto, como se ha dicho, no ha de profundizarse aquí.

VI. PERSONALIDAD POR LA FUERZA

También brevemente, se ha de hacer referencia, para terminar, al reverso de la exclusión: a la estilización del enemigo como persona. Algo así ocurre frente a gobernantes y militares de Estados cuyos funcionarios lesionan derechos humanos, siendo así que últimamente los procesos penales se llevan principalmente ante tribunales internacionales. El avance de este desarrollo en el momento actual es tan impetuoso como poco asegurado en la teoría, es decir, poco conceptuado. Por una parte, se puede entender como una forma del derecho penal de enemigos, tal y como se esbozó anteriormente (IV).

La pena estaría entonces al servicio del aseguramiento cognitivo de los derechos humanos. Más plausible resultaría probablemente una concepción en la que el autor de lesiones de derechos humanos no sea excluido personalmente, esto es, presentado según el tipo de entorno perturbador. Sucede más bien que la inseguridad cognitiva, existente en buena medida, no se articula[55], ignorándose especialmente que el autor no ofrece la garantía cognitiva mínima necesaria para poder tratarle como persona. En su lugar, se resalta con énfasis la fuerza vinculante de los derechos humanos y con ello sí se presenta al autor, en tal medida, como persona. La pena no ha de garantizar en su función abierta la futura observancia de los derechos humanos, sino confirmar su validez; está por lo tanto al servicio del aseguramiento de qué es Derecho y no se practica para contribuir al bienestar.

Sin embargo, un enfoque más preciso revela una discrepancia importante con la pena entendida de modo personal dentro del Estado. En ésta, el autor arranca de un ordenamiento *establecido*, en aquélla —por lo general— no ha puesto en práctica un ordenamiento *postulado*; en ésta, debe preservarse el estado normativo actual, la validez del Derecho, en aquélla, primero ha de ser implantado algún día. En otras palabras, en ésta, la sociedad preserva su estructura *real*, su existencia normativa, en aquélla, lucha precisamente por su estructura todavía *irreal*, que se postula únicamente desde fuera. Con este panorama no se puede hablar de observancia del principio *nulla poena: en el lugar* y en el momento del hecho todavía no es punible la lesión de derechos humanos. La punibilidad es exigida desde fuera, ya sea a través de regulaciones internacionales que, sin embargo, han permanecido irreales en el lugar del hecho, ya sea a través del derecho natural, al que realmente no se le atribuye mayor efectividad y el cual, además, no satisface el principio *nulla poena*[56].

---

[55] Ésta también estaba ya resuelta, p. ej., después de la reunificación alemana, por lo que respecta al supuesto principal: los disparos en el muro. A este respecto v. JAKOBS, *GA* 1994, pág. 1 con referencias; una visión acerca del estado total de la discusión ofrecen las aportaciones en LAMPE (ed.), *Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*, 1993.

[56] JAKOBS (n. 55), págs. 11 y ss.

Si se entiende el principio *nulla poena,* no como perturbación de un derecho penal efectivo procedente del exterior[57], sino como una regla de derecho penal *interna*, entonces un hecho punible sólo puede ser concebido como emanación de un orden establecido o, formulado de otro modo, la pena sirve al aseguramiento de la estructura de una sociedad dada. La pena por lesión de derechos humanos es —a falta de una sociedad *realizada*— pena en estado de naturaleza. Puede que haya buenas razones para ella o incluso puede que uno crea posible fundamentar que cualquiera pueda estar obligado a pertenecer a una sociedad civil[58], pero *antes* de que eso haya sucedido, quien todavía ha de ser obligado no actúa precisamente bajo el Derecho de dicha constitución civil[59]. Con estas puntualizaciones no se trata de rechazar —finalmente— la punición a través de tribunales internacionales[60] como algo demostrado como ilegítimo, sino de poner de manifiesto que, al menos hasta ahora, falta una teoría consistente.

VII. RESUMEN

1. Quien no puede adquirir derechos ni soportar la carga de deberes no es persona, sino que está excluido.

2. No toda privación de derechos es una exclusión, sino

---

[57] Así, p. ej., VON LISZT con el conocido *dictum*: el derecho penal positivo constituye la frontera insalvable de la política criminal; a este respecto v. SCHREIBER, *Gesetz und Richter,* 1976, págs. 178 y ss.

[58] KANT, *Die Metaphysik der Sitten. 1. Theil. Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre,* edic. de la Academia, vol. VI, Berlín, 1907, págs. 203 y ss., 256.

[59] Precisamente cuando se sostiene, p. ej., que el derecho penal internacional obtiene «su legitimación a partir de la elemental justicia de un derecho penal nuclear protector de los derechos humanos» (WERLE, *ZStW* 109, págs. 808 y ss., 821), queda totalmente fuera de consideración la distinción entre *previo a* la constitución civil y *bajo* la constitución civil.

[60] Sobre el estado actual v. las informaciones en WEIGEND, *ZStW* 105, págs. 774 y ss., n. 90 a 95; WERLE (n. 59), págs. 808 y ss.; AMBOS, *ZStW* 111, págs. 175 y ss. (sobre el Estatuto de Roma); v. además las aportaciones de JÄGER (págs. 121 y ss.), MARXEN (págs. 220 y ss.), MERKEL (págs. 237 y ss.), TRIFFTERER (págs. 272 y ss.) y AMBOS (págs. 377 y ss.) en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse,* vol. III: Makrodelinquenz, 1998.

que puede darse precisamente como consecuencia de la propia existencia personal, como, por ejemplo, en la pena, en el acto de repeler al agresor en estado de legítima defensa, o a un curso causal dañino en estado de necesidad defensivo.

3. El sacrificio de la propia vida no se puede exigir en una sociedad medianamente liberal. Posturas contrarias apuntan materialmente a una exclusión. En consecuencia, el feto es excluido incluso en el supuesto de interrupción bajo indicación médica.

4. Quien no presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al Derecho se excluye a sí mismo.

5. La exclusión mediante negación de deberes es posible y además no sólo en teoría.

6. El proceso inverso a la exclusión es la personalización forzosa. Entre tanto, ésta es —en el derecho penal supraestatal— la práctica común, pero sufre un grave infradesarrollo en la teoría.

CAPÍTULO III
IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL, DESARROLLO DEL SISTEMA CON BASE EN LAS CONDICIONES DE LA VIGENCIA DE LA NORMA *

I. VIGENCIA DE LA NORMA COMO BIEN JURÍDICO PENAL

El Derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y además, respondiendo ante él. Por medio de su hecho el autor se aferra a la afirmación de que su comportamiento, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, se encuadraría dentro de los comportamientos que son válidos, y así pues, la expectativa normativa en cuestión sería para la sociedad un accesorio no relevante. Mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta.

Esta respuesta no persigue algo así como una ratificación mediata de la configuración, sino que es ya en sí misma directamente esta ratificación. Cuando la sociedad pena, se niega a concebir un cambio de su configuración, el hecho punible,

* Título original: Strafrechtliche Zurechnung, —Entwicklung des Systems aus den Bedingungen der Normgeltung, manuscrito, Bonn 1997. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bonn. Publicado en *Revista del Poder Judicial* núm. 49, primer trimestre 1998.

como un acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que por el contrario se mantiene firme en el *statu quo*, en contra de la propuesta de cambio. De la misma forma que una persona rechaza una pretensión que no encaja con su forma de ser, ratificando de esta manera esta forma de ser, así la sociedad rechaza la pretensión de abandonar la expectativa defraudada, ratificando con ello su identidad.

A esta ratificación pueden vincularse consecuencias psico-sociales de diversa índole, y, a alguna de estas consecuencias no se puede renunciar en la práctica si es que se quiere que la sociedad siga existiendo —por ejemplo al hecho de que la motivación de fidelidad al Derecho sea tenido en gran parte como algo obvio—; pero tales consecuencias no pertenecen al concepto de pena, de la misma manera que su contrario —una desorientación psico-social, una lamentación general— tampoco pertenece al concepto de hecho punible. El hecho punible consiste en la defraudación de expectativas en sí misma, dicho de forma tradicional, en el quebrantamiento de la norma y no ya en las consecuencias psico-sociales de este quebrantamiento. Por consiguiente, al concepto de pena pertenece la ratificación de la existencia de la norma, esto es, la refutación del hecho que cuestiona esta existencia; no menos..., pero tampoco más.

La pena tiene pues una función sin que tenga que producir algo psico-socialmente. Incluso cuando a un hecho y a su punición les siga inmediatamente el siguiente hecho, la pena ha cumplido su función, en tanto en cuanto el siguiente hecho sea precisamente eso, el *siguiente hecho*, esto es, defraudación por su parte no ya de alguna expectativa privada, sino de una expectativa que todavía forma parte de la configuración social.

No debe entenderse claro está la sucesión de hecho y pena como si pudiese añadirse un Derecho penal cualquiera a una sociedad también cualquiera, y como si la configuración de esta *sociedad* estuviese entonces tanto tiempo garantizada, en tanto le siga una pena a todo lo que signifique *jurídico-penalmente* un quebrantamiento de la norma. No se trata de la identidad de un *Derecho penal* que permanece fiel a sí mismo, sino de la identidad de la *sociedad* que ha diferenciado el Derecho penal como sistema parcial. Por ello, la expectativa ante cuya

defraudación se reacciona tiene que ser, con independencia ya del Derecho penal, una expectativa social, pues de otra forma no armonizan sociedad y Derecho penal. Explicado mediante un ejemplo: Si una sociedad en la que se practica el aborto con asiduidad ejerce a la vez un rígido derecho penal antiaborto, su configuración se rompe; en el mejor de los casos se trata de un punto de un período transitorio en una evolución, en el peor, de un sucumbir en cambios revolucionarios. El Derecho penal garantiza pues una determinada configuración social solamente, en tanto en cuanto la sociedad encaje bien con unas determinadas expectativas y éstas no le sean externamente superpuestas de forma que ambos no compaginen. Sin embargo, si la sociedad transcurre según unas reglas que son contradichas por el Derecho penal, entonces ha llegado la hora de una separación. Un Derecho penal que se dirija contra el arraigado espíritu de los tiempos, no produce una cohesión con sentido, sino una mezcolanza de manifestaciones individuales incoherentes. En tal Derecho penal la configuración externa, a diferencia de lo que ocurre en un Derecho penal ajustado al espíritu de los tiempos en los que éste es sólo símbolo en el marco de una comunicación, se convierte en la esencia: se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo —que ya no se corresponde con la sociedad—.

De todas formas, aun cuando sociedad y Derecho penal armonicen entre sí, no todas las expectativas que determinan la configuración social se garantizan jurídicamente o, al menos, no siempre jurídicopenalmente. Por el contrario, junto a las expectativas «grandes», con sus garantías formales —precisamente jurídicas—, caminan un gran número de expectativas «pequeñas», que sólo se garantizan de manera informal —por ejemplo, el conjunto de reglas de cortesía—. De estas últimas no es necesario hablar aquí más.

II. NORMAS DE LA SOCIEDAD Y NORMAS DEL ENTORNO DE LA SOCIEDAD

Donde sí que hay que poner la mirada es en aquellas normas según las cuales se determina como funciona *el medio en que se desenvuelve* el mundo social, esto es, el *entorno de la sociedad.* Se trata pues de aquellas normas que han sido sus-

traídas a la influencia social, o, en todo caso, que se las tiene por tal, y que por ello son estabilizadas cognitivamente, lo cual quiere decir, que en tanto sean tenidas en cuenta, sirven como reglas para calcular este entorno, y, que en tanto (todavía) no se las tenga en cuenta, hacen posible configuraciones casuales de este entorno. Se trata pues de las reglas de la lógica y de las matemáticas, y de la totalidad de normas en una *concepción del mundo orientada en un sentido racional y de las ciencias naturales* [en adelante: concepción científico-racional]. Estas normas se convierten indirectamente en normas sociales, a saber: en tanto la sociedad trata con su entorno; y la sociedad tiene en cualquier caso que tratar con su entorno cuando las personas tienen que ser delimitadas entre sí en su esfera *externa*. Explicado mediante un ejemplo: Si bien es cierto que no es objeto inmediato de una información normativa que tres más tres sean seis, o que un hombre sin oxígeno no pueda vivir, o, por último, que la invocación de los santos no conduzca a recibir su ayuda —en todo caso, no, de una forma digna de confianza—, no es menos cierto que sin embargo determina mediatamente el sentido de la comunicación sobre las normas sociales-directas: Quien tras prestar dos veces un servicio que se compone de tres unidades cada vez, afirma que ha prestado como servicio ocho unidades en total, infringe la prohibición de engañar; quien impide a otro que respire, infringe la prohibición de matar, y los padres, que con ocasión de una grave enfermedad de su hijo se conforman con la invocación de los santos, infringen el mandato que les incumbe de prestar ayuda que sea digna de confianza. Sin embargo, las normas del trato con el entorno de la sociedad, al contrario que las normas sociales-directas, no requieren garantía penal alguna.

Las normas referidas al entorno de la sociedad se estabilizan a sí mismas, por cuanto que quien no las observa se encuentra abocado al fracaso. Una protesta activa contra ellas sitúa al que protesta en un mundo imposible —en sentido literal de la palabra— y trae consigo más tarde o más temprano una *poena naturalis* (y ésta conlleva quizá también un ostracismo social por incompetente). Esto diferencia tales normas de las normas sociales-directas: Quien infringe estas últimas, no pone en peligro *per se* su bienestar individual o el de su grupo, en todo caso no, mientras todas las otras personas se atengan

a las normas en conjunto. Las normas sociales-directas adolecen pues de una debilidad propia frente a las normas referidas al entorno de la sociedad: En efecto, la valoración preferente individual de las normas sociales-directas no se encuentra ante todo asegurada, sino que junto al mundo configurado mediante esta valoración preferente individual —y esto es la sociedad—, quedan siempre también otros mundos posibles, esto es, otras sociedades posibles. Para compensar este déficit, estas normas están necesitadas de una garantía no de la naturaleza, sino precisamente social, para llegar a ser *leges perfectae*. Por ello se le impone a cada persona la tarea de procurarse la disposición suficiente para observar la norma, esto es, de no poner en tela de juicio mediante sus hechos la posibilidad de otra sociedad —más allá de los procedimientos ya previstos para tales cambios—. Este no tematizar mediante hechos propios la posibilidad de otra sociedad, que no *puede* ser acometido frente a las normas que se refieren al entorno de la sociedad, no *debe* ser acometido en el ámbito de las normas sociales-directas, y en verdad porque, en sí, sería perfectamente posible —sólo por eso tiene sentido la interdicción—. La protesta contra las normas sociales-directas es contradicha mediante la pena, lo cual significa, que se ratifica que las normas pertenecen a la configuración social que marca la pauta, y que el contra-modelo propuesto por el autor difunde una configuración que no marca la pauta y con un sentido normativamente imposible (si bien, fácticamente posible).

Una protesta frente a las normas que se refieren al entorno no se entiende, por los motivos que se han mencionado, como un ataque a la configuración social —la protesta esboza un mundo fácticamente imposible—, lo cual significa, que las representaciones del autor supersticiosas o que en general se opongan a una concepción científico-racional del mundo y que por tanto sean comunicativamente irrelevantes, no son representaciones de un hecho típico, sino precisamente representaciones de un mundo irreal. Tan sólo una representación del autor que en sí coincida con la concepción imperante del mundo puede ser una representación típica —y a esta concepción imperante pertenece también la representación del límite entre sociedad y entorno—; la representación puede equivocar la realidad en uno o en varios extremos, pero tiene que

mantenerse en el marco de lo posible según la concepción imperante del mundo. Explicado mediante un ejemplo: Quien ve que un perro lame un líquido que se ha derramado de un tubo de ensayo y a continuación anda tambaleándose de un lado a otro evidentemente desorientado, posee una representación comunicativamente relevante de lesiones si aplica ese líquido a un hombre, incluso aunque luego se compruebe que el líquido era absolutamente inocuo para el hombre —la posibilidad de un daño se encuentra dentro del marco de las suposiciones racionales—. Sin embargo, quien encuentra junto a un ortigal un perro muerto, y únicamente por ello deduce que las ortigas deben de ser desde hace poco venenosas para los animales vertebrados, equivoca los principios según los cuales se pueden formar normas científico-racionales, interpreta pues el suceso desde una visión del mundo imposible atendiendo a criterios racionales y de las ciencias de la naturaleza.

Lo que acaba de ser expuesto sobre lo supersticioso y lo comunicativamente irrelevante concierne sólo a un problema marginal, aunque clásico. La diferencia entre las normas que se refieren al entorno y las que se refieren a la sociedad muestra también la diferencia entre dolo típico e imprudencia típica, la cual resulta relevante tanto desde el punto de vista práctico como teórico. Un autor doloso se encuentra en consonancia con la concepción científico-racional del mundo; él esboza por ende un mundo que es posible, y esto es precisamente lo amenazador de su comportamiento; en efecto, su esbozo contradice la configuración social, muestra pues respecto a ésta una alternativa —¡que es posible!—. Un autor imprudente —hay que pensar en el supuesto básico de aquel que yerra por descuido— contradice en cambio un entendimiento generalmente reconocido y que determina la concepción imperante del mundo, a saber: contradice el entendimiento de que es más ventajoso considerar cuidadosamente las consecuencias de un comportamiento y evitar un actuar irreflexivo, que comenzar espontáneamente con un comportamiento y correr con el riesgo de todo lo que sobrevenga. Así, quien tiene una actitud imprudente no va a llegar muy lejos en la vida, y no va a ser considerado como un *partner* competente en la vida social. Si bien es cierto que puede que ocasione más perjuicios a otros que a sí mismo, esto no le reporta ventaja alguna, al contrario:

a no muy largo plazo destruye también el entorno favorable propio, esto es, sus bienes y los de los demás, sobre los cuales descansa su bienestar. Por ello, el autor imprudente va a revocar también normalmente su esbozo del mundo cuando se da cuenta de él de forma más precisa: «No lo quería hacer» dirá, lo cual significa que el querer y el actuar no estaban en consonancia y que por ello el actuar no ha sido de los que marcan la pauta.

A quien no pone atención a lo que ocasiona en el entorno le afecta una *poena naturalis*, y por ello, se requiere solamente la *poena forensis* para asegurar que autores amantes en exceso del peligro no se extralimiten con su temeridad, y que la falta de atención no se introduzca furtivamente de manera selectiva en formas de comportamiento que puedan reportar desventajas solamente para terceras personas y no para el propio autor. Sin embargo, en estos casos no se trata pues precisamente sólo de una evaluación cognitiva incorrecta, de un error sobre las normas del entorno, sino también de un pasar por alto la configuración social.

La explicación para una menor punibilidad de un comportamiento cuando no se conoce el tipo es adecuada únicamente para los casos de imprudencia por error, pero no para los de desconocimiento selectivo que proviene del desinterés sobre la suerte que puedan correr los demás. Aclarado mediante un ejemplo: Quien conduce su coche arrolladoramente por el medio de los charcos y no piensa en las consecuencias para los viandantes porque no le interesan, no tiene que temer una *poena naturalis*, puesto que él no contradice la concepción imperante del mundo, sino que muestra falta de consideración. Para tales personas que están ciegas ante los hechos por indiferencia, cuando no por hostilidad, no sólo no encaja bien la explicación dada, sino que la división fijada por el Derecho vigente entre, por un lado, conocimiento del tipo, y por otro, desconocimiento del tipo, es de todo punto equivocada. No hay ningún motivo para gratificar *per se* con una pena más leve la falta de conocimiento sobre el tipo de alguien que se comporta con indiferencia. En efecto, una falta de conocimiento es, *per se*, un déficit psíquico y nada más, y el límite entre el reproche de culpabilidad más grave y el más leve no puede orientarse según lo originado en la psique, sino sólo

según la función del reproche de culpabilidad. En cambio, si se toma la falta de conocimiento según su significado social, esta falta puede ser considerada no sólo como un indicio de una constitución psíquica que hay que tratar con benevolencia, sino que de igual forma, puede ser considerada como un indicio de una infracción de deber inexcusable. Así pues, cuando el Derecho vigente vincula la pena por el delito doloso al conocimiento del tipo, esto conduce en los casos límite a un beneficio que no puede ser justificado, a saber, en los casos precisamente en que el autor actúa con absoluta indiferencia (ceguera ante los hechos). Explicado nuevamente de la mano de un ejemplo: Quien manipula alquitrán y por un nerviosismo comprensible no piensa que podría ensuciar cosas ajenas, puede no haberse dado cuenta asimismo que también sus propias cosas se encuentran en peligro —si no sobreviene una *poena naturalis*, en cualquier caso, sí amenaza—. De este modo, no es posible prever una maximización de beneficios. Pero quien no piensa en las consecuencias porque sabe que sus propias cosas se encuentran a salvo, y porque por lo demás nada le es digno de consideración, maximiza sus beneficios, opta por tanto por un mundo posible y por ello merece ser punible como un autor doloso.

Resumiendo lo dicho, se puede decir: En tanto se considere a las reglas del mundo, o dicho de forma más exacta, a las reglas del entorno de la sociedad, como inalterables, no necesitan estabilización puesto que gozan de esa vigencia inalterable, y esto, aunque co-configuran ciertamente de forma indirecta la sociedad; en tanto en cambio se considere a las reglas del mundo, dicho aquí también de forma más exacta, a las reglas directamente de la sociedad, como reglas variables, tienen que ser estabilizadas frente a la posibilidad de cambios arbitrarios, si es que se quiere que haya sistemas sociales. Si las normas de la sociedad hubiesen de ser consideradas de por sí como inalterables, ya no se trataría en absoluto de sociedad, sino de una convivencia como de ángeles, con Dios mismo. Al principio del mundo, así se relata, los hombres tuvieron trato con Dios mismo, pero puesto que eran hombres, comieron del árbol del conocimiento, consideraron que se podía burlar la prohibición divina de esa acción, no la tomaron como una advertencia de un mundo imposible, y pagaron con la separa-

ción de lo Absoluto. «El paraíso», dice HEGEL, «es un parque donde solamente pueden permanecer los animales y no los hombres. En efecto, el animal es con Dios uno, pero sólo en sí. El hombre es espíritu, esto significa, para sí mismo. Este ser-para-sí, esta conciencia, constituye a la vez, sin embargo, un separarse del espíritu divino universal. Si me opongo en mi libertad abstracta frente al bien, éste es precisamente el punto de vista del mal»[1].

III. SENTIDO DEL COMPORTAMIENTO

Al principio se indicó que el hecho punible es un aporte comunicativo, una expresión de sentido; ahora hay que determinar cuándo una persona expresa un determinado sentido. De este planteamiento de la cuestión no debe inferirse que un hecho punible sea tan sólo algo espiritual y que no tenga nada que ver con el mundo material. Por el contrario, las personas sólo pueden expresar sentido en un mundo material y por consiguiente también sólo allí pueden colisionar los modelos de sentido de las personas entre sí. Ellas son precisamente sólo personas, en tanto reclamen para sí posesión material, por lo menos, un cuerpo; este entendimiento se encuentra también en la base de las filosofías idealistas, especialmente en las de KANT, FICHTE y HEGEL. Se trata pues, en lo referente a la expresión de sentido, de un accionar en el mundo material, y con ello necesariamente de un estar bajo la influencia de las normas del entorno de la sociedad; sólo así —como ya se expuso— pueden estas normas del entorno, al menos de forma mediata, ser relevantes socialmente. Ahora bien, el tránsito por el mundo material ha inducido erroneamente a querer determinar *tan sólo* mediante *sus* normas no sólo lo que sucede, sino también su significado: Así, un comportamiento tendría por ejemplo el significado de un homicidio o de un delito de daños, si resulta causal de la muerte de un hombre o del daño de una cosa. Ya al observar este brevísimo apunte es fácil de identificar en él el modelo de ilícito del causalismo. El finalismo agregó una categoría más del entorno de la sociedad

---

[1] *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, ed. por Lasson, t. 3.°, *Die griechische und die römische Welt*, 1920, pág. 728.

—de la causalidad a la causalidad anticipada en la conciencia—, pero sin adentrarse con ello en la sociedad: En efecto, anticipación de la causalidad es tan sólo un hecho psíquico, pero nada más.

Si lo que se quiere es averiguar el significado, tales intentos no llegan muy lejos, o dicho de forma más exacta, se encaminan en la dirección equivocada. El significado de un comportamiento es su posición en el contexto social. No es suficiente pues poner la mirada en un causador, incluso quizá aunque se le tenga en cuenta junto con lo que le ocurra psíquicamente, sino que la mirada debe dirigirse también a la víctima y a terceras personas, para poder atribuirle un suceso acaecido en el mundo material como su hecho o como su infortunio. Esta interpretación en un contexto social del comportamiento unido a sus consecuencias causales o incluso a sus consecuencias causales anticipadas, se lleva a efecto en la Dogmática moderna bajo el nombre de «imputación objetiva».

Cuando sobreviene un daño o incluso solamente una situación de peligro, *v. gr.*, la lesión que pone en peligro la vida de un hombre, puede que se deba a un comportamiento incorrecto de una persona que, por ejemplo, ha atropellado a este hombre con su automóvil; sin embargo, puede suceder también que esa situación incumba a una tercera persona, digamos... a un ingeniero que ha conectado incorrectamente un semáforo; así mismo, la propia víctima puede también haberse comportado faltando a sus obligaciones, por ejemplo, cruzando una calle descuidadamente; finalmente, quizá todos los intervinientes hayan procedido de forma correcta: el daño ha sobrevenido entonces por accidente (infortunio) y como tal debe ser soportado por la víctima. Comportamiento incorrecto de una persona, comportamiento incorrecto de otra persona, comportamiento incorrecto de la propia víctima, o infortunio: estas son la posibles explicaciones del proceso dañoso. Con la averiguación de una cadena causal no se logra pues mucho. El automovilista, el ingeniero, la propia víctima y otras muchas personas se han convertido mediante su comportamiento en causas de la constelación dañosa, y si no lo fueron, de todos modos su deber puede haber sido intervenir impidiéndola. Pues bien, en esta tupida red de causalidades y oportunidades de impedir hay que aislar aquellos hilos que

tengan el *significado* de ser gestadores de daños. Esto se efectúa con ayuda de las reglas de la imputación objetiva a modo de principios que sirven para formar el retículo ante el cual un significado se manifiesta de entre el torrente del acontecer de hechos, igual que —hablando en términos ejemplificativos— solamente ante el retículo del lenguaje se deja entrever un significado en el torrente de ondas sonoras. De esta manera puede que actuaciones que de sobra se tienen como peligrosas queden exentas del estigma de exteriorizar una falta de respeto frente a los bienes que se han puesto en peligro, mientras que otras actuaciones que no son más peligrosas, o incluso que lo son menos, tienen que soportar este estigma. Así, puede que el organizador de una gran fiesta popular resulte causal de cientos de conducciones bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pero su comportamiento no tiene de todas formas el significado de una falta de respeto frente a bienes jurídicos, mientras que, indudablemente, una sola conducción ya presenta *per se* este significado.

La hipótesis-base de la teoría de la imputación objetiva enuncia que un derecho de comportarse de una determinada manera, o, formulado de forma inversa, el ilícito de un comportamiento, no puede ser determinado solamente teniendo en cuenta a un individuo aislado y a una norma, sino siempre teniendo en cuenta a las personas, esto es, atendiendo a las reglas específicas de una socialidad. Esta hipótesis-base se puede desdoblar en tres proposiciones. En la *primera* proposición se trata de la igualdad de las personas: Todos pueden reclamar en relación a la libertad de comportamiento tanto, como todos los otros de igual manera reclamen cotidianamente. Esta proposición fundamenta el riesgo permitido o, dicho al contrario, fundamenta que para que se tenga un comportamiento como ilícito, éste debe hallarse, como mínimo, más allá del riesgo permitido. Explicado mediante un ejemplo: La conducción de un automóvil respetando el reglamento no se encuentra interdicha a pesar de ser riesgosa. La *segunda* proposición reza: Los demás son, por su parte, personas responsables. El mundo con el que se topa el propio comportamiento es pues un mundo configurado responsablemente, lo cual significa, que se puede confiar en su correcta configuración; por consiguiente, se habla —con una expresión ya acuñada— de

principio de confianza, o, si es que el destinatario de la confianza es la propia víctima, de actuación a propio riesgo. De nuevo, de la mano de un ejemplo: Se puede confiar en que un automovilista que se aproxima por una calle lateral y que se encuentra obligado a ceder el paso, va a cumplir con su deber y, de igual manera, tanto en lo que respecta a la lesión de terceras personas (principio de confianza), como en lo concerniente a la lesión de aquél que tiene que ceder el paso (actuación a propio riesgo). En la *tercera* proposición se enuncia que la comunidad con otro siempre es tan sólo una comunidad limitada. Si el otro se comporta incorrectamente, sólo se puede por tanto reconducir la responsabilidad al primero si esa comunidad también abarcaba el comportamiento incorrecto; en caso contrario, queda excluida la responsabilidad del primero. Se trata de la llamada prohibición de regreso. Si «el otro» y la víctima son la misma persona se puede hablar, también aquí, de actuación a propio riesgo. Nuevamente, un ejemplo: La venta de un modelo habitual de cuchillo no fundamenta responsabilidad ni por la cuchillada intencional o por inadvertencia que el adquirente dé a una víctima, ni por la cuchillada intencional o por inadvertencia que se dé a sí mismo.

Sobre los límites de los mencionados subinstitutos no se va a tratar aquí, así como tampoco sobre la posibilidad de indagar el campo de la imputación objetiva mediante subinstitutos conformados de distinta manera; esto afecta a problemas secundarios. En cambio, en nuestro contexto sistemático es de importancia el conocimiento de que la imputación objetiva es un fenómeno que tiene idéntico sentido que la fundamentación de una posición de garante en el delito de omisión, en tanto nos hallemos ante una responsabilidad en virtud de una organización.

En el delito de omisión es habitual que una responsabilidad no pueda ser deducida sólo de datos naturalistas —causalidad hipotética o capacidad de evitación, o dolo e imprudencia—, sino que tenga que ser deducida normativamente, lo cual significa: mediante la expectativa objetiva que se dirije al omitente en esta situación, lo cual, a su vez, significa: mediante el significado objetivo de su comportamiento. En la competencia en virtud de una organización, para que una omisión tenga el significado de que el omitente se ha arrogado una

organización ajena, no es bastante con que la mala situación del ámbito de organización ajeno pueda reconducirse «de algún modo» al ámbito de organización del omitente, y todavía menos es suficiente con la referencia a una simple capacidad de evitación, sino que tiene que existir una vinculación de tal clase, que quede excluido hablar de una lesión de deberes de autoprotección por parte de la víctima o de su infortunio, o de que le incumbe en solitario a terceras personas; las posiciones de garante «se reparten» pues entre los intervinientes igual que se esbozó *supra* mediante las tres proposiciones respecto de la imputación objetiva. Dicho de manera más exacta: las posiciones de garante no son otra cosa sino un caso de imputación objetiva conocido desde hace tiempo. La relación que el delito de omisión tiene con su resultado dañoso, que desde un punto de vista naturalista —al contrario que en el delito de comisión— es ciertamente una relación débil, ha podido evidenciar antes en aquél que en el delito de comisión la necesidad de una relación normativa, y con ello ha anticipado temporalmente un aspecto, al cual en el delito de comisión materialmente tampoco puede renunciarse, a saber: no puede renunciarse al entendimiento de que la determinación del significado del hecho se debe llevar a efecto mediante los criterios de la imputación objetiva.

Podemos por tanto afirmar que nadie es garante de evitar incluso aquellas consecuencias de una acción (¡!) que se encuentren fuera del campo de lo objetivamente imputable. Todas las posiciones de garante en virtud de una competencia por organización en los delitos de omisión se pueden limitar igualmente mediante la reglas que fueron expuestas de la imputación objetiva en los delitos de comisión. Así, nadie tiene en virtud de ingerencia que impedir daños que se encuentren dentro del riesgo permitido. El paralelismo se extiende todavía más: como consecuencia de la total homogeneidad de ambos ámbitos, de la teoría de la imputación objetiva y de la de las posiciones de garantía, los criterios sobre las posiciones de garante que han sido desarrollados para los delitos de omisión pueden y deben extenderse también al ámbito de la comisión.

Lo expuesto se ve con la mayor claridad en los llamados deberes de seguridad en el tráfico: El deber de seguridad en el

tráfico se corresponde con el caso normal de la comisión, el cual se puede entender como un supuesto de lesión mediante el movimiento corporal motivado del deber de seguridad en el tráfico. Que alguien responda por sus actos voluntarios o que lo haga por un déficit en el dominio de éstos, es absolutamente equivalente en tanto se considere a esos actos voluntarios en todo caso como dominables, lo cual a su vez significa, en tanto se les considere, en suma, actos voluntarios. Pero también para los pensamientos de la ingerencia y de la asunción se encuentran aplicaciones en el campo de la comisión. Esto se puede aclarar mediante dos ejemplos: Primero: Quien empuja inconsideradamente a otro tiene en caso necesario que sujetarle por el brazo para que no caiga; esto se infiere del pensamiento de la ingerencia. Sin embargo, si el que va a caer es quien puede agarrarse al brazo del que le ha empujado, éste no puede retirarlo, lo cual es algo que cualquiera podría hacer. Por consiguiente, la ingerencia fundamenta no sólo deberes de actuar, sino también de omitir. Segundo: Quien ha asumido cuidar a un enfermo sensible a la luz, tiene que cerrar las cortinas; esto se infiere del pensamiento de la asunción. Sin embargo, tampoco puede abrir las cortinas que se encuentran cerradas, lo cual podría hacerlo en su propia casa cualquier persona que no hubiese asumido. Así pues, también la asunción fundamenta junto a los deberes de acción, además, deberes de omisión.

Lo dicho se refiere a los deberes de garantía que resultan de la administración de un ámbito de organización. Para los deberes directamente institucionales (lo cual significa: los deberes que no tienen su origen en una organización) [2] el paralelismo de comisión y omisión es conocido desde hace tiempo, y en verdad, como delitos de infracción de deber que unifican acción y omisión, por ejemplo favorecimiento ilícito por parte de funcionario o administración desleal, en los cuales se penaliza la lesión del deber «establecimiento de un mundo en común». Como ejemplos de estos deberes se pueden mencionar en general los deberes propios del Estado que son desem-

---

[2] De todas formas, los deberes que resultan de una organización son indirectamente también deberes de índole institucional, pues el sinalagma «libertad de organización»-«responsabilidad por las consecuencias» ¡es una institución!

peñados por sus funcionarios, y los deberes de los padres frente a sus hijos. Mientras que en los delitos de organización se trata del respeto por organizaciones ajenas y en este sentido de una relación negativa (¡no dañes!, o mejor: ¡cuida de que tu organización no se extienda demasiado!), en los delitos de infracción de deber se exige una comunidad con otro, y en este sentido, una relación positiva (¡ayuda a otro!). Al deber de establecimiento de esa comunidad se puede faltar de igual manera mediante una acción o mediante una omisión. Ejemplo: Que un tutor por sí mismo «eche mano» al patrimonio del pupilo, o que ayude a un amigo suyo en el ataque, o, que sin una aportación activa, no impida a su amigo el acceso al patrimonio del pupilo, es siempre lo mismo, a saber, la lesión del deber de cuidar el patrimonio ajeno si es que la persona que entra en consideración como posible autor es garante del mantenimiento del patrimonio del pupilo y su comportamiento es también por lo demás objetivamente imputable.

IV. ¿IMPUTACIÓN SUBJETIVA?

Lo cierto es que la imputabilidad objetiva hasta ahora tratada no fundamenta por sí sola la responsabilidad penal, sino que fija únicamente —como *supra* fue detallado— a quien le incumbe un suceso de entre varias personas —entre un autor potencial, una víctima, una tercera persona, o, si es que a nadie le incumbe el suceso, deja lugar tan sólo para la posibilidad de la aclaración «infortunio»—. Este «ser-incumbente» fundamenta la expectativa de que la persona de que se trate va a administrar su ámbito de organización ordenadamente, y por cierto —y esto es lo relevante aquí— bajo el presupuesto de que dispone de las capacidades necesarias para hacerlo. Se habla pues por lo general de una imputación subjetiva, término que es de todo punto equívoco, y ello incluso aunque ostente una vieja y muy respetable tradición, como por ejemplo en la Filosofía del Derecho de HEGEL, donde en la parte dedicada a la moralidad —que contiene la teoría de la imputación— justo al comienzo de dice que allí se trata de «subjetividad» (§ 106).

Como motivo para esta subjetivación —llamaré al fenómeno por el momento así—, que tiene que ser anticipada al esta-

blecer las reglas de la imputación objetiva, puede mencionarse un proceso complejo. Se trata del proceso de racionalización, de desmitificación del mundo, del cual es responsable el período filosófico de la Ilustración. Lo último, la desmitificación, había vaciado el mundo de todo sentido inmanente; el mundo transcurría ciego y según las leyes de la naturaleza, y un mezclarse en este transcurrir era, *per se*, insignificante. Para este entendimiento queda excluido que sobre factores tan contingentes como ascendencia o sexo de un hombre, pero también sobre su posición en la malla de la causalidad, en sí, se pueda decir algo más que el hecho de que es así o de que no es así. ¡Bien distintas eran las cosas antes! Cuando, como HEGEL formula retrospectivamente (§ 118, anotación, *in fine*), «la autoconciencia heroica (tal como aparece en las tragedias de los antiguos, Edipo, etc.) aún [no había] salido... de su pureza hacia la reflexión de la diferencia del suceso exterior y el propósito y el conocimiento de las circunstancias», se permite según este viejo punto de vista responsabilidad por el resultado, o dicho con más exactitud: responsabilidad por la sola imputación objetiva. Aclarado mediante un ejemplo: A Edipo se le hacía responsable de haber matado a su padre y de haberse casado con su madre, a pesar de que ambas cosas, dicho modernamente, no le eran cognoscibles y, en este sentido, eran casualidad. Él se encontraba enredado en el sentido maligno de un mundo maligno.

Lo cierto es que el mundo de la Ilustración no es ni bueno ni malo, simplemente *es*, y más tampoco se puede decir sobre él. Por ello puede ser manejado como instrumento, si bien, a causa de su naturaleza en parte oculta, con un margen de error. En el error inevitable de tipo se impone la naturaleza del mundo frente al entendimiento instrumental. Lo que estaba planeado como un hecho, como una obra humana, acaba siendo un suceso de la naturaleza, esto es, no puede ser ni bueno ni malo. Con ello la evitabilidad, entendida como dolo típico o imprudencia típica, se convierte en un presupuesto obvio de imputación en un mundo desmitificado.

Con esta facultad instrumental se toman en consideración sólo los límites del hombre en el «mecanismo» de la naturaleza. El comportamiento instrumental posee, *per se*, tan poco sentido, como una máquina que produce, produce, *per se*, sen-

tido; dicho de otra manera: trato instrumental con la naturaleza no es un comportamiento comunicativo. Pero el espíritu que se da cuenta de la falta de sentido de la naturaleza, no tiene que resignarse pasivamente, sino que logra con el conocimiento del vacío de sentido, la posibilidad de establecer su propio sentido allí donde él no encuentra sentido inmanente natural, pero, como ya fue expuesto *supra*, precisamente establecerlo, esto es, no demostrarlo, sino afirmarlo. Con esta fragilidad del sentido, la libertad como autoadministración solamente es compatible con una sociedad estable, si existe una garantía de que sencillamente todos los libres reconozcan el sentido establecido, o en caso de que falten a esto, de que sean marginados como incompetentes, esto es, penados; o, dicho de otra forma: solamente si tienen vigencia las normas que se corresponden con el sentido establecido. Respecto a esto es absolutamente indiferente, si las normas poseen vigencia para sujetos referidos a sí mismos —no se trata de deberes contra sí mismos—, sino que cuenta únicamente la vigencia social, esto es, la vigencia en la comunicación, a saber: entre personas, que sin excepción son concretadas en el rol de ciudadano y de esta forma son determinadas objetivamente. «Subjetivación» de la imputación no es el concepto adecuado para denominar estos hechos, sino «personalización más especial». Mientras que en la imputabilidad objetiva se estandarizan múltiples capacidades, en la llamada imputación subjetiva se estandariza tan sólo la voluntad de seguimiento de la norma, pero por lo menos se estandariza esa voluntad, y no es confiada por ejemplo al sujeto. Para aclararlo: Según el concepto normativo de culpabilidad, la culpabilidad no es una recopilación de hechos, sino un juicio sobre una prestación, y este juicio es (primero) un juicio dicotómico, y no cuantificador: culpabilidad o no-culpabilidad. Quien no satisface el baremo, *tiene* culpabilidad, en otras palabras, quien no rinde por completo la prestación de la persona-baremo del buen ciudadano, ha fallado (en cualquier caso, *después* de este juicio puede seguir una comprobación de la cantidad del fallo). Así pues, no se mide algo para comprobar *su* tamaño y contentarse con esto, sino para averiguar, si se corresponde o no, con el tamaño de un deber-ser (e incluso tal contentarse no conduciría a una subjetivación sino a una individualización). Un discurso de subjetivación, aferrado a naturalismos, y a sucesos y disposi-

ciones psíquico individuales, equivoca lo esencial, a saber, la objetividad de la persona, esto es, de la capacidad de fidelidad suficiente al Derecho.

En tanto se trate de hechos psíquicos o de disposiciones —saber o poder-saber—, éstos son, como meros hechos psíquicos y disposiciones, sencillamente insignificantes; concurren o no concurren, pero esto, *per se*, no significa nada. Tales circunstancias logran significado nada más que cuando son separadas de una conciencia particular y son concebidas como parte de un proceso comunicativo. Referido a un significado delictivo, esto quiere decir: Dolo e imprudencia, desconocimiento y cognoscibilidad del ilícito, no son, como hechos y disposiciones de una conciencia, partes de un comportamiento delictivo, sino como portadores externos del significado del comportamiento —sencillamente necesarios—, esto es, como portadores de símbolos —como por ejemplo también la causalidad o la causalidad hipotética—. Solamente es esa relación con el significado del comportamiento como parte externa de la expresión de sentido de una persona pertenecen los hechos al Derecho penal, dicho sea de paso no menos que desde el lado de la víctima. Expresado de forma llamativa: No está prohibido que un hombre dañe físicamente a otro, sino que una *persona* no respete a otra *persona* al negar aquél lo que es común a ambos, a saber, la vigencia de la norma que delimita sus esferas exteriores, o, en su caso, que las une —como por ejemplo en el supuesto de las relaciones de los padres con los hijos—. Puesto que una persona solamente en virtud de otra persona es en ella misma persona, la prohibición de no respetar se puede reducir a la simple prohibición de abandonar el rol de ser persona: «Permanece en el rol de un miembro de la sociedad»; ésta es la norma fundamental trivial de toda sociedad, dirigida al poseedor del rol. En HEGEL (§ 36) la norma reza como sigue: «Sé una persona y respeta a los demás como personas», lo que por cierto dice lo mismo dos veces —quien es persona, respeta a los demás, y quien respeta, es persona—, además de dejar abierto cómo se logra el destinatario de la norma: ¿quién puede ser obligado, sino alguien que ya es persona? Sea como fuere, en cualquier caso se trata del rol de la persona en Derecho y con ello de un baremo objetivo en lo referente al esperado respeto al Derecho. Si no se satisface

este baremo objetivo, se evidencia una falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, o bien no se trata del comportamiento de una persona en Derecho, en todo caso, no en todo momento.

La contraposición *persona-en-Derecho* y *no-persona-en-Derecho* es del lado del autor la contraposición de sentido y naturaleza, sociedad y entorno de la sociedad, lo que por lo menos para concretos institutos de la culpabilidad va a ser aclarado brevemente (el dolo típico y la imprudencia típica ya fueron tratados).

Quien no es capaz de culpabilidad no toma parte en la producción común de sentido. Su comportamiento defraudador concierne a lo sumo *prima facie* a una expectativa normativa, pero una mirada más atenta muestra que no se produjo una contradicción competente de la norma, sino que sucedió un hecho de la naturaleza, precisamente, carente de sentido. Esto no significa que un enfermo psíquico o un niño sean desde todo punto de vista tan sólo naturaleza, pero respecto de la falta de competencia para emitir modelos de un mundo social sí que lo son, lo mismo que es cierto que carecen de culpabilidad.

Algo más dificultosa resulta la fundamentación del efecto exonerante del desconocimiento inevitable de la norma. Esta exoneración sólo puede producirse cuando el desconocimiento del Derecho sea compatible con el reconocimiento del fundamento de su vigencia. Para una persona que reconoce el fundamento de la vigencia, el no-respeto de una norma es una inconsecuencia que por su propio interés debe evitar —por ello, la pena no es necesaria—. Así, quien quiere por ejemplo observar a conciencia las normas de una religión y para ello está dispuesto a aprender, sólo puede afirmar cuando actúa que él ve la situación normativa de una forma determinada, pero no también que esta forma de ver la situación *deba* ser así; en efecto, la determinación de cómo deba de ser, se rige desde su propia convicción según las normas objetivas de la religión. Si de manera inevitable se comporta erroneamente, su comportamiento no significa por tanto un contra-modelo frente a la religión existente, sino sencillamente el intento fallido de alcanzar tal religión. Pues bien, respecto al ordenamiento jurídico no se trata de observar a conciencia, pero sí de

la actitud correcta hacia el Derecho, a saber, se trata de la voluntad incondicional de seguimiento del Derecho. Quien muestra tal voluntad, no produce con su comportamiento erroneo un contra-modelo de la sociedad, sino que intenta infructuosamente alcanzar el estado fáctico existente. El fundamento de la vigencia del Derecho no se ve afectado por tal comportamiento. El sentido planeado del comportamiento es el correcto, pero puesto que la persona necesita de una parte externa, y de esta forma es también naturaleza, y puesto que en sus capacidades queda vinculada a ésta, se ha impuesto —precisamente por error— la naturaleza, se ha materializado lo erróneo.

Otra cuestión es cómo tiene que estar constituido un ordenamiento de normas para que según sus propios criterios —en su caso— reconozca un error inevitable. Un ordenamiento que pretenda estar escrito en el corazón de cada hombre, no puede reconocer un error inevitable; por contra, tal reconocimiento del error inevitable se produce con facilidad en un ordenamiento que esté establecido de forma positiva y que se entienda a sí mismo como un ordenamiento reformable. Así, no debe sorprender por una parte, que precisamente con la época del Positivismo llegase un amplio reconocimiento del efecto exonerante del error normativo, y por otra —en lo tocante a la reformabilidad del ordenamiento—, que el reconocimiento del efecto exonerante, usual en la actualidad, solamente afecte a las normas periféricas y a los márgenes disponibles de las normas centrales, pero no al nucleo mismo de esas normas centrales, esto es: sólo al ámbito de la positividad realmente practicada, y no al ámbito positivo tan sólo nominal. En el ámbito central, un error, *per se*, no podría nunca exculpar, sino solamente cuando se halle unido a un motivo especial y no capaz de ser generalizado, *v. gr.*, unido a una enfermedad psíquica o también en el caso límite de una socialización «exótica».

El contenido de un concepto de culpabilidad funcional referido a la vigencia de las normas, se podría mostrar especialmente también de la mano de los fundamentos de la inexigibildidad o de la exigibilidad disminuida, por ejemplo, en el estado de necesidad disculpante, en el exceso en la legítima defensa, en la problemática del autor de conciencia, etc. Pues-

to que sobre esto hay en la literatura científica exposiciones detalladas, en vez de este problema —para mayor abundamiento de nuestra tesis de que en el juicio de culpabilidad no se trata de subjetivación sino de una personalización especial—, escojo otro problema que por lo demás es tratado más bien poco: la ambivalencia de una situación de hecho tentadora.

Según el Derecho penal alemán —y algo parecido se encuentra probablemente en casi todo ordenamiento jurídico— se pena de forma más grave al reo de un hurto cuando éste se vale del desamparo de otro, esto es, por ejemplo cuando el hurto se comete con ocasión de un incendio o tras un accidente. Pero seguro que es penado de forma atenuada quien se sirve de la inmotivada despreocupación de la víctima, *v. gr.*, cuando se hurta a aquel que, sin tener necesidad, deja sus cosas sin vigilancia. Se pueden imaginar situaciones idénticas hasta en el más mínimo detalle, por ejemplo, una cámara fotográfica no vigilada en el aeropuerto, en una ocasión porque el dueño se ha desmayado, en otra, porque está comprando en la tienda libre de impuestos. Así las cosas, la situación es idéntica también en la psique de un autor que no se procure motivación para respetar la propiedad ajena. ¿Qué justifica pues el tratamiento desigual? Evidentemente no la subjetividad del autor, sino por un lado la necesidad social de cumplir con la exigencia legítima de protección de la víctima desamparada, y, por otro, la pérdida de legitimación de esta exigencia de una víctima que infundadamente renuncia a la autoprotección. Así pues, el autor tiene que procurarse de forma más apremiante la disposición para observar la norma, cuanto más legítimamente pueda la víctima exigir esa disposición y viceversa; él puede hacer valer su congénito afán de poseer de forma más copiosa, cuanto este querer-poseer perturbe socialmente menos, y, en cambio, va a mantenerse tanto más en el sentido de ese comportamiento, cuanto éste perturbe de forma más intensa. En otras palabras, al autor se le trata como inmerso en la sociedad, como persona en el rol de un ciudadano. Esto puede resultar una trivialidad, pero lo cierto es que la tan difundida explicación de que en el juicio de la culpabilidad se trata de una subjetivación equivoca esto, al menos, en lo referente a la terminología.

V. UNA OBSERVACIÓN SOBRE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

Para terminar se me permitirá una adición, que si bien puede parecer un excurso, guarda estrecha relación con la problemática hasta ahora tratada. El resultado de que en Derecho penal nos hallamos ante una protección de la vigencia de la norma tiene una consecuencia importantísima para la dogmática de la participación, que tiene que ser aquí trazada al menos brevemente. Puesto que la diferencia jurídico-penal que resulta determinante es la diferencia entre culpabilidad e inculpabilidad, entre sentido y naturaleza, entonces la intervención en el comportamiento de un «fragmento» de naturaleza sin culpabilidad, es pues ya ejecución propia del hecho. Protección de la vigencia de la norma es incompatible con la accesoriedad limitada, puesto que la limitación recorta aquello, que constituye el hecho punible: la lesión de la vigencia de la norma. La accesoriedad limitada procede del arsenal de la protección de bienes jurídicos con su tendencia de reducir al autor a sus capacidades instrumentales y peligrosas para el bien jurídico (al igual que la víctima se atrofia reduciéndose de persona a tan sólo un Ser que se agota en el poseer; —FAFNER: «estoy echado y poseo: déjame dormir», WAGNER, Der Ring des Nibelungen, 2.° día: Siegfried, 2.° acto), por cuanto que la culpabilidad se atrofia reduciéndose a un aditamento externo a la teoría; en un Derecho penal funcional del bien jurídico, la culpabilidad es un cuerpo extraño. De todas formas, cuando exigimos una accesoriedad extrema esto no quiere decir que el interviniente responda por la culpabilidad del ejecutor. Todos responden por su propia culpabilidad, pero en la cuestión de cómo se llega a la propia culpabilidad hay que diferenciar entre manipulación de la naturaleza y cooperación en la producción de sentido. Sentido delictivo puede expresarse por uno mismo o junto con personas capaces de sentido, pero no conjuntamente con la naturaleza. La agudización de la accesoriedad no desempeña de todas formas gran papel en la práctica: Quien conoce la falta de culpabilidad del que ejecuta, puede ser llamado de todos modos autor mediato, y quien no la conoce, no debería en cualquier caso responder de la consumación; en efecto, en tal caso, el riesgo aceptado de trabajar conjuntamente con una persona responsable es incompatible

con el riesgo realizado, a saber, con el riesgo de influir sobre la naturaleza.

VI. RESUMEN

1. Las normas determinadoras de identidad de la sociedad necesitan ser garantizadas puesto que también serían practicables otras alternativas. La garantía es prestada al encomendar como tarea a cada persona el seguir la norma, y en tanto el no-seguimiento es penado, esto es, la identidad se ve ratificada. Con la pena se lleva a cabo definitivamente la ratificación.

2. Respecto de las normas referidas al entorno de la sociedad no hay en cambio alternativa alguna; por consiguiente éstas se estabilizan a sí mismas; en esto se basa la menor punibilidad de la imprudencia típica.

3. Al igual que la garantía de la vigencia de la norma se realiza por medio del sentido y no de la naturaleza, la perturbación de la vigencia de la norma tampoco se realiza a través de la naturaleza, sino a través del sentido. Sucesos de la naturaleza, por ejemplo procesos causales o hechos psíquicos, no son, *per se*, integrantes del comportamiento delictivo, sino que lo son como portadores de símbolos.

4. Imputación comienza con el reparto del ser-incumbente entre autor, víctima y terceras personas; los principios del ser-incumbente son para la acción y la omisión, *ceteris paribus*, idénticos.

5. La llamada imputación subjetiva se muestra bajo una consideración más precisa como imputación personal-específica, a saber, imputación que se centra en el ciudadano fiel al Derecho como persona-baremo.

6. La dogmática jurídico-penal se agota en la diferenciación entre sentido (culpabilidad) y naturaleza. A esta diferenciación se pueden reconducir todos los institutos dogmáticos. La pena contradice el sentido del hecho punible de que la norma no rige; un comportamiento sin culpabilidad, sin sentido, no tiene que ser contradicho, o más exactamente, no puede ni siquiera ser contradicho.

CAPÍTULO IV

LA IMPUTACIÓN PENAL DE LA ACCIÓN Y DE LA OMISIÓN *

SUMARIO: I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA: 1. *El planteamiento liberal: «la obligación originaria» y «el fundamento jurídico especial».* 2. *Carencias del planteamiento liberal.* 3. *La pérdida de la referencia teórico-social.*—II. INSTITUCIONES: 1. *Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias:* A) Fundamentación también para los mandatos: Deberes en virtud de una competencia por organización. B) ¿Sustitución de mandatos mediante prohibiciones? C) Limitación también de prohibiciones: exclusión de la imputabilidad objetiva. D) Conclusiones. 2. *Otras instituciones:* A) Planteamiento. B) Deberes estatales. C) Relaciones paterno-filiales; confianza especial.—III. LA UNIFORMIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DE PROHIBICIONES Y MANDATOS.

I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1. EL PLANTEAMIENTO LIBERAL: «LA OBLIGACIÓN ORIGINARIA» Y «EL FUNDAMENTO JURÍDICO ESPECIAL»

El producto del trabajo, de la actividad dirigida a una meta, pertenece a quien lo crea. Así lo enseña LOCKE como fundador de la teoría de la propiedad más relevante de la época moderna, la teoría del trabajo: «El trabajo del cuerpo (del Hombre) y la obra de sus manos son... en sentido propio su propiedad. Así pues, lo que él modifica siempre del estado de cosas que la Naturaleza ha previsto y que ella ha dejado, lo ha mezclado él con su trabajo, y le ha añadido algo propio. Él la ha hecho así su propiedad» [1]. Esta teoría del trabajo referida a

---

* Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Ayudante científico del Prof. Jakobs en la Universidad de Bonn). Título original, «Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen», publicado por la Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Geisteswissenschaften, Vortrag G 344, Opladen, Westdt. Verl., 1996.

[1] *Zwei Abhandlungen über die Regierung,* ed. por Euchner, trad. por Hoffmann, 4.ª ed., 1989, págs. 216 y ss. (Zweite Abhandlung V, § 27); así

la propiedad no es una teoría del mundo exterior, sino una teoría de la imputación: También en el caso de que muchos *quieran* y *puedan* usar un efecto del trabajo, de todas formas la obra de sus manos —o la obra de aquellos que trabajan para él[2]— *debe* pertenecer tan sólo al trabajador; esta obra se le imputa como su labor. El acervo popular establece el mismo pensamiento de forma inversa: Quien no trabaja, que no coma[3]. Quien quiera disponer de productos, debe pues trabajar. El omitir no produce nada.

Este punto de vista se aplica de igual forma al trabajo útil que al trabajo nocivo. Así, no se considera tampoco como prototipo del maleante a quien se cruza de brazos y espera, sino, antes bien, al que se muestra laborioso, si bien no de modo y forma socialmente útil, sino dañina. A esto hay que añadir, que cuando se trata de una omisión, la exigencia del proceso inquisitorial común[4] de la presencia perceptible del crimen en el *corpus delicti* sólo se puede satisfacer con dificultad; la herida remite directamente a quien la ha causado, y a lo sumo mediatamente, a una no-evitación; en otras palabras, la herida remite a un trabajo —si bien, nocivo—. No es extraño pues que en la teoría de la imputación penal, la omisión, entendida como un no-hacer, desempeñe durante siglos un papel tan sólo periférico[5]; éste ni siquiera se encuentra impregnado de una forma teórica, sino que en las pocas ocasiones en que la omisión no es pasada por alto se resuelve de forma pragmática según reglas de prudencia (Klugheitsregeln)[6].

---

por ejemplo la recogida de frutos, desde este punto de vista fundamenta tan sólo propiedad porque se trata de un trabajo, *ibíd.* pág. 217 (§ 28); en cuanto a los límites, véase *ibíd.*, págs. 218 y ss. (§ 31). Detallado y con amplias referencias, BROCKER, *Arbeit und Eigentum*, 1992, págs. 125 y ss.

[2] LOCKE (nota 1), pág. 217 (§ 28): También me pertenece lo que «mi siervo» ha conseguido trabajando.

[3] Véase II Tesalonicenses 3, 10.

[4] Véase HALL, *Die Lehre vom corpus delikti*, 1933, págs. 10 y ss. y *passim*.

[5] Respecto al derecho canónico, KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, 1935, pág. 43 ff.

[6] DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, págs. 179 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930, págs. 56 y ss.; véase también JASCHINSKI, *Die Entwicklung des Begriffs «Er-*

El punto de vista esbozado de todas formas nunca abarcó todos los comportamientos relevantes: ni todas las obras útiles, ni todas las nocivas. Hablando en términos ejemplificativos: En tiempos de escasez era una prestación productiva no emplear los cereales del Estado o el ganado de cría como alimento durante el invierno, esto es, omitir algo; y por lo que respecta a obras nocivas, se tenía siempre por algo delictivo si el vigilante no ponía sobre aviso a su amo del peligro, a saber, cuando omitía algo. Los delitos de omisión más antiguos del Derecho romano se referían al abandono de los deberes del cargo público[7]. Pero tales sucesos eran tratados como casos marginales, y prácticamente se pretendía de esta forma resolver toda la problemática; sin embargo, si el Derecho penal ha de satisfacer también pretensiones teóricas, especialmente dogmáticas, no puede permanecer anclado en este punto de vista.

El empeño liberal que comienza alrededor de 1800, de que el Derecho penal ha de limitarse a asegurar las condiciones del mundo burgués[8], pero a la vez, de que esta protección se desarrolle entonces de forma efectiva, conduce a una teoría general tanto de la actividad punible como de la inactividad punible, esto es, a una Parte General del Derecho penal fundamentada teóricamente como es usual en la actualidad o, en todo caso, como debería serlo. Con ello se hace necesario al mismo tiempo establecer la responsabilidad por omisión de una forma restrictiva; en efecto, poco tiempo antes, el Derecho General Prusiano (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1794) había positivado un principio que se oponía claramente al entendimiento liberal de la Sociedad y del Estado, y que sobrevaloraba la punición de la omisión. Justo al comienzo de «los principios generales del Derecho» (§ 73, Introducción del Derecho General Prusiano) puede leerse lo siguiente: «Cada miembro del Estado está obligado a

---

folg» in § 13 Abs. 1 StGB, 1995, págs. 26 y ss. Un déficit análogo en la actual construcción de la teórica sociológica es constatado por GESER, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie,* 1986, págs. 643 y ss.

[7] HONIG en GMELIN y otros (ed.), *Festgabe für Richard Schmidt,* 1932, págs. 3 y ss., 7 y ss.

[8] «Protección de bienes jurídicos»; sobre esto, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft,* 1972, págs. 15 y ss.

fomentar el bienestar y la seguridad de la existencia común, según la relación de su posición social y patrimonio». La utilidad común como meta del Estado ya había sido formulada anteriormente por Christian WOLFF. Según su doctrina, el Hombre no está sólo «obligado [moralmente] a servir de diversa forma a los demás con su patrimonio, su trabajo, su ayuda y su ejemplo»[9]; también jurídicamente, «en existencia común», se debe «cuidar de cómo se consigue que el otro ni emprenda lo que es contrario a la prosperidad común y seguridad, ni omita lo que para éstas es tenido por provechoso»[10]. Tal meta del Estado abre las puertas de par en par a deberes de asistencia activa mutua y amenaza principios liberales de forma más grave si cabe, puesto que al Derecho General Prusiano le falta sin embargo una teoría dogmático penal que pudiese restringir tal meta:

Si bien encontramos ya en el mencionado cuerpo de leyes, en la Parte General del Derecho penal, un precepto sobre omisiones que establece que «también mediante la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien, comete éste un delito» (§ 8.II.20); no es menos cierto que con tal fórmula no se puede solucionar el problema, como ilustra la existencia de una abultada casuística en la Parte Especial. Para aclarar esto, se exponen a continuación —de forma desordenada— algunos ejemplos de tales preceptos, los cuales de todas formas no contradicen en conjunto principios liberales:

Explícitamente se declaran punibles, por ejemplo, toda transgresión del servidor del Estado contra preceptos de la Administración, es decir, también la omisión contraria a dichos preceptos (§ 333.II.20), y la vigilancia negligente de los servidores del Estado, respecto de sus subordinados (§ 344.II.20); también delitos comunes: injurias por omisión (§ 583.II.20), o la omisión de la ayuda necesaria para salvar la vida de una persona que el autor previamente ha lesionado dolosamente (§ 818.II.20). De los diferentes deberes elemen-

---

[9] Christian WOLFF, *Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen,* 4.ª ed., 1736, § 1 (citado según la reimpr. de 1975).

[10] WOLFF (nota 9), § 217; la «prosperidad común» es «el adelanto sin trabas en logro de lo mejor para todos» que los miembros de la existencia común «pueden alcanzar por medio de las energías unidas» (§ 213).

tales clásicos se hace mención a dos; en primer lugar: «Si una parturienta dolosamente deja desangrarse a su hijo mediante la omisión de anudar el cordón umbilical, o le priva dolosamente de la asistencia y los cuidados necesarios: es considerada como asesina de su hijo» (§ 967.II.20); el segundo deber se refiere a la vigilancia del fuego; aquí menciona la ley igualmente una serie de delitos de omisión (§§ 1557 y ss. II.20). Estos y otros preceptos parecidos tienen su complemento mediante un diluvio de normas penales que se asemejan a preceptos de los delitos de orden público, y que penalizan omisiones en multitud de ámbitos de la vida (§§ 10 y ss. II.17); por lo que se refiere a la vida y a la salud, su complemento lo encuentran en una cláusula general: «Cada uno está obligado a disponer su conducta de tal forma que ni mediante acciones ni mediante omisiones ponga en peligro la vida o la salud de otros» (§§ 691, 780 y ss. II.20). Este precepto es complementado de nuevo —si bien revestido con una pena mínima— mediante el mandato de salvar si es posible «a un hombre de las manos del asaltante o asesino, del peligro de ahogarse o de incendio, o de otro peligro para la vida» (§ 782.II.20), lo cual explícitamente se extiende también —y en esto residiría su peculiaridad— a «la ayuda inmediata» para «casos de muerte aparente» (§ 785.II.20).

Los ejemplos mencionados no serían representativos sin la adición de una regulación en la Parte General del Derecho penal del Derecho General Prusiano: Quien ni impide ni denuncia un delito grave inminente debe ser penado, «cuando se le pueda probar que tenía conocimiento fidedigno del proyectado delito» (§§ 80 y ss., 82.II.20). Este precepto se halla en la regulación de la «participación en el delito de otro» (§§ 64 y ss. II.20), lo cual hace alusión a su procedencia: Surgió de la responsabilidad del miembro de un colectivo por la totalidad de los hechos de éste, posteriormente, y debido al avance del principio de que la pena presupone culpabilidad individual, debió ser reinterpretado como responsabilidad por una omisión[11], esto es, precisamente responsabilidad por no impedir hechos de otros; este modelo encuentra todavía una regulación en el Código Penal alemán vigente en la actualidad (§ 138

[11] DAHM (nota 6), pág. 180; SCHAFFSTEIN (nota 6), pág. 57.

StGB); en este sentido, el hecho de que tanto la pena de entonces como la de ahora, sea considerablemente superior frente a la simple omisión del deber de socorro (§ 782.II.20 Dcho. Gral. Prusiano; § 323.*c* StGB), justifica la suposición de que debían ser también aprehendidos —conforme con la procedencia del precepto— casos de participación no probada o, por lo menos, otras formas de solidarizarse con el autor.

La visión general de la regulación que acaba de ser mostrada con estos ejemplos, se ve dificultada mediante un sistema de escala penal sumamente diversificado por niveles. A pesar de lo que establecía la Parte General (§ 8.II.20), la «la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien» no siempre conllevaba ni mucho menos la misma consecuencia jurídica que una comisión. Así por ejemplo, la omisión contraria al deber por parte de la madre del cuidado del cordón umbilical conduce a la pena por asesinato, y no, en cambio, la omisión de ayuda frente a quien se encuentra en peligro de muerte por parte de un tercero cualquiera que vaya por un camino, y ello, a pesar de que esta ayuda también es exigida por la ley. Evidentemente las reglas de la Parte Especial no son generadas por el citado principio programático de la Parte General, sino por una práctica que no era consciente de la teoría dogmático penal que encerraba.

La situación jurídica así esbozada que reina en Prusia a partir de 1794, se problematiza hasta la actualidad en un doble sentido. En primer lugar, se trata de saber, con qué amplitud se encuentra el Estado legitimado para estatuir mandatos que favorezcan el bienestar de otro o la utilidad común, por ejemplo, obligar a alguien bajo pena —aunque ésta no sea igual a la de la comisión— a denunciar un delito que conoce o a ayudar en caso de necesidad; se trata pues de los límites del poder legítimo del Estado. En segundo término —y esta cuestión la pongo en un primer plano sin querer dejar de lado la primera— hay que decidir cuándo exactamente una omisión, siendo contraria al deber y debiendo ser punible, ha de tratarse como una acción; esta cuestión es denominada habitualmente —con una inexactitud, sin duda, criticable— la cuestión de la equivalencia de la omisión con la comisión.

La respuesta que FEUERBACH poco después de 1800 da a las dos preguntas ha determinado la discusión hasta la actua-

lidad. Para FEUERBACH, el fin del Derecho penal es el mantenimiento tanto de los derechos del Estado como de los derechos de los «súbditos»; el hecho punible es violación del Derecho [12]. «La obligación originaria del ciudadano» debe tan sólo extenderse a que no se emprendan *violaciones activas* del Derecho. Según esta concepción, un deber de realizar actividades que eviten daños, esto es, que conserven el Derecho, presupone algo más que la «obligación originaria», a saber, «un fundamento jurídico especial»; de resaltar es pues que se trata de un fundamento *jurídico*: una obligación con carácter de eticidad no basta [13]. FEUERBACH menciona como posibles fundamentos especiales una ley o un contrato [14]. Dicho en otras palabras, las violaciones del Derecho activas se encuentran ya en su conjunto prohibidas según la «obligación originaria», pero en cambio, la conservación del Derecho mendiante acciones salvadoras se manda sólo en situaciones especiales, y entonces, eso sí, el mandato tiene la misma firmeza que la prohibición. Hablando en términos ejemplificativos: Nadie debe mediante su actividad matar o lesionar a otro, pero cuando la vida o salud de éste ya estén en peligro, solamente tiene que ser ayudado por aquellos que se encuentran especialmente obligados, so pena entonces éstos de ser punibles por homicidio o lesiones según una pena que es igual a la del delito de comisión. La «obligación originaria» posee pues esencialmente un contenido negativo: ¡no lesiones!; lo positivo —¡ayuda al otro!— puede solamente sobrevenir por la concurrencia de un fundamento especial.

Este punto de vista de FEUERBACH, que claramente procuraba separar una esfera jurídica entendida en un sentido liberal, de una esfera moral, se basa en la concepción de KANT. También el derecho, entendido como «suma de las condiciones, bajo las cuales el arbitrio de uno con el arbitrio del otro pueda ser integrado de acuerdo con una ley general de liber-

---

[12] FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinden in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* 11.ª ed., 1832, § 23.

[13] Ya GROTIUS no consideraba suficiente una *caritatis norma*; *De iure belli ac pacis libri tres,* ed. por de Kanter-van Hettinga Tromp, 1939, Lib. II, Cap. XVII, § IX (aunque en un contexto de derecho civil).

[14] FEUERBACH (nota 12), § 24; desde la 2.ª ed. (1803).

tad»[15], tiene un contenido negativo, a saber, no perturbar al otro según la ley general de libertad en el ejercicio de su arbitrio; esta concepción del Derecho no contiene un deber de ayuda activa. En similares términos se expresa FRIES: «Así pues, el mandato jurídico supremo es: Nadie debe transgredir la dignidad de la persona de los demás y la igualdad personal de alguien frente a todos», a lo que se añade inmediatamente después a modo de aclaración, que no hay mandato que se refiera a un trato positivo con los otros, sino sólo «si le trato, [hay] que respetar su dignidad»[16]; se trataría pues de «deberes originarios negativos de omisión»[17]. Lo mismo sucede en la teoría del derecho abstracto de HEGEL. Si bien es cierto que la máxima «sé una persona y respeta a los demás como personas»[18] no debe ser referida —en contra de KANT— a la «voluntad del individuo en su propio arbitrio», sino a la voluntad racional[19], no es menos cierto que no por ello se exige *a este nivel* (derecho abstracto) más, que mantener la relación positiva de que el otro sea tenido en cuenta, y este mínimum de positividad[20] también les era conocido a KANT, FRIES y FEUER-

[15] KANT, *Metaphysik der Sitten,* Akademie-Ausgabe, t. 6.°, 1907, pág. 230. Ya PUFENDORF menciona como primer deber del Hombre frente a todos los demás el *ne quis alterum laedat,* y lo considera como el más fácil de cumplir, puesto que son requeridas tan sólo omisiones (sencillamente se deben reprimir «libidines»). Si bien a PUFENDORF no le eran desconocidos otros deberes (para el reconocimiento de la igualdad y de la humanidad), estos significan, empero, también una prohibición de lesionar: «... a maxima parte mortalium nihil amplius... desideramus» (*De officio hominis et civis iuxta legem naturalem,* 1673, libro 1.°, cap. 6, § 2, citado según la ed. de Ayrmannius, 1775). El argumento de que los deberes de omisión son de más fácil cumplimiento, lo menciona ya THOMAS, *Summa theologica,* 2, 2, q. 89.a. 4: «... facilius est abstinere a malo faciendo quam implere bonum. Ergo gravius peccat qui non abstinet a malo faciendo, quod est transgredi, quam qui non implet bonun, quod est omittere».

[16] FRIES, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung,* 1803, citado según la reimpresión de 1914, pág. 14. La referencia a FRIES se la agradezco a mi ayudante Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles.

[17] FRIES (nota 16), pág. 13.

[18] HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* ed. Glockner, t. 7.°, reimpr. de 1952, § 36.

[19] HEGEL (nota 18), § 29.

[20] ¡Pero esto es de todos modos algo más que nada! El reproche de que HEGEL pensaba en este punto «en un concepto de persona totalmente separado de la intersubjetividad» (HÖSLE, *Hegels System,* t. 2.°, 1988,

BACH. El contenido principal es pues de nuevo negativo, a saber, «no lesionar la personalidad y lo que se deriva de ella»[21]. La consecuencia que el propio HEGEL relaciona con este status de la persona, insuficiente y principalmente negativo, radicaliza con toda franqueza la doctrina de FEUERBACH (y no pretende tener vigencia tan sólo jurídico-penal): «Sólo hay por lo tanto prohibiciones jurídicas, y la forma positiva de los mandatos jurídicos tiene, según su contenido último, como fundamento la prohibición»[22], o, por exponerlo como viene recogido en la segunda parte de los Principios de la Filosofía del Derecho, dedicada a la Moralidad, «el mandato jurídico es, de acuerdo con su determinación fundamental, una prohibición»[23] —es decir, de este modo no hay en HEGEL «fundamentos jurídicos especiales» de ninguna clase que obliguen a prestar ayuda—.

Este bosquejo muestra la siguiente situación filosófico-jurídica: La separación entre Derecho y Moral es equiparada a la separación entre prohibiciones y mandatos, entre delitos de comisión y de omisión. De todas formas, es verdad que en parte se formula, así por HEGEL, que no se trata siempre de pro-

pág. 491) no es pues correcto; véase SIEP en HENRICH (ed.), *Hegels Philosophie des Rechts,* 1982, págs. 255 y ss., 258 y ss.; E. DÜSING, *Intersubjektivität und Selbstbewußtsein,* 1986, págs. 357 y ss.; JAKOBS en HAFT y otros (ed.), *Festschrift für Arthur Kaufmann,* 1993, págs. 459 y ss., 460 con nota 4.

[21] HEGEL (nota 18), § 38. Ya a la vista de los autores mencionados hasta ahora sorprende la afirmación de BIRNBACHER (*Tun und Unterlassen,* 1995, pág. 118) de que «el consenso sobre la distinta significación moral en principio [de acción y omisión] en la tradición jurídica, no ha sido nunca explícitamente fundamentada». Lo que ocurre, es que sencillamente se ha intentado en forma abstracta la fundamentación para una Sociedad en sí de personas libres e iguales —como por BIRNBACHER, *passim,* en lo esencial—: Las personas libres e iguales tienen que sobrellevar por sí mismas los costes de la concesión de libertad y del uso de esa libertad; no en cambio, los que no son libres e iguales. Se puede discutir sobre el enfoque —por ejemplo: ¿es preferible solidaridad que libertad de iguales?—, pero *antes* del establecimiento o determinación del modelo social, en abstracto, sólo se pueden establecer provisionalidades. Otra cosa es que la diferencia entre acción y omisión se quede en lo externo (también en una Sociedad de personas libres e iguales), como BIRNBACHER acertadamente demuestra; pero sólo este conocimiento no ofrece todavía un modelo social en base al cual se pueda fundamentar positivamente la imputación —véase también n. 92—.

[22] HEGEL (nota 18), § 38.

[23] HEGEL (nota 18), § 113 anotación.

hibiciones, sino sólo según el «contenido último» de las normas, o como por FRIES, que «los deberes originarios» hay que formularlos a modo de prohibiciones; así pues, en el penúltimo nivel al que nos remontemos pueden haber también mandatos jurídicos, y lo contrario conduciría —como va a ser mostrado— a un naturalismo inadmisible. De los mencionados autores, el que fue jurista y práctico, FEUERBACH, sigue otro camino a la hora de reconocer la existencia de los delitos de omisión: según él, se podrían encontrar «fundamentos jurídicos especiales» que den lugar a mandatos genuinos. En todo caso la —ya siempre presente— dominación práctica de los delitos de comisión, puesto que en definitiva la configuración del mundo por lo general se produce mediante el trabajo y no mediante un no-hacer, obtiene un fundamento teórico mediante el concepto liberal-burgués esbozado; fundamento, sobre el que durante largo tiempo se edificará: el delito de omisión aparece como una excepción que requiere una legitimación más sólida que el de comisión.

2. CARENCIAS DEL PLANTEAMIENTO LIBERAL

Entre los citados autores, el hecho de que negarse a prestar ayuda voluntaria no sea injusto, sino una simple infracción moral no se encuentra realmente fundamentado, sino más bien presupuesto. Si no se toma como punto de partida al individuo que se administra por sí mismo, sino que se toma el beneficio de la Comunidad, o la hermandad que resulta de que todos los Hombres son criaturas, o las condiciones de un Estado organizado de forma paternalista, se diluyen los límites entre Derecho y Moral, y el Derecho puede incluir muy probablemente deberes de prestar ayuda. Pero ni tan siquiera son necesarios tales modelos sociales que tienden a una solidaridad inmediata para reconocer a los demás un derecho a unos cuidados mínimos. Así por ejemplo en FICHTE es condición de la propiedad de uno, que el otro pueda vivir de su trabajo, lo que conlleva la siguiente consecuencia: «Desde el momento en que alguien sufra necesidad, ya no pertenece a nadie aquella parte de la propiedad que se requiera como aporte para sacarle de la necesidad, sino que pertenece en derecho al que

sufre tal necesidad»[24]. Si se deja esto de lado y se continúa con el modelo individualista liberal de la índole de KANT, FRIES, FEUERBACH y del derecho abstracto de HEGEL, no se puede comprender, el por qué deben existir excepciones, esto es, omisiones punibles de forma legítima, en caso de fundamentos especiales. En otras palabras, en tanto no se mencione el sistema que aclara tanto la regla («obligación originaria») como la excepción («fundamento jurídico especial»), existe una mezcolanza, pero no un orden. El planteamiento de FEUERBACH es pues en sus resultados más contingente de lo que parece.

Asimismo, la inseguridad que resulta de la aplicación de este planteamiento se pone de manifiesto con la cuestión de cuál debe ser entonces el fundamento especial, y cómo tal fundamento armoniza con el de la responsabilidad en la comisión. FEUERBACH menciona, como ya se dijo, «ley o contrato», pero ambos fundamentos apenas pueden satisfacer. Que exista una ley que obligue a una ayuda activa, no quiere decir ni que esa ley sea legítima, ni tampoco que la importancia del deber sea evidente, esto es, no dice nada sobre si la violación del deber supone un injusto equivalente al de la comisión, o si se trata de un injusto más débil —como en el caso de la omisión de denuncia de delitos o en el de la omisión del deber de socorro—. Por lo que respecta al contrato la situación tampoco se presenta más afortunada; contrato es la volundad «común», y no ya también por ello «en y por sí, universal»[25]. Arbitrio común no otorga *per se* un fundamento para la pena estatal. A esto habría que añadir, que la ejecución de lo querido sería necesaria según fundamentos generales, lo cual precisamente no se garantiza sólo mediante el arbitrio de común acuerdo[26].

Con la mención a la ley y al contrato no se logra pues mucho, y en seguida se percibe que en FEUERBACH falta un

---

[24] FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre,* ed. por Medicus, 3.ª reed., 1979, pág. 207 (II § 18 III).

[25] HEGEL (nota 18), § 75.

[26] En la formulación acertado, SEELMANN, en K. SCHMIDT (ed.), *Vielfalt des Rechts —Einheit der Rechtsordnung,* 1994, págs. 85 y ss. SEELMANN asigna al derecho privado sencillamente toda consideración que tenga que ver con una justicia distributiva (a donde por cierto *también* pertenece); pero el derecho privado coercitivo tiene sus raices en el derecho público.

fundamento especial importante. Se suele designar como «ingerencia», con lo que se quiere decir, que aquel que introduce un peligro en una esfera de existencia ajena, debe neutralizarlo cuando amenaza con producir sus efectos[27]. Sobre esto, expongamos un ejemplo tal y como era enunciado ya en el siglo pasado[28]: Si un cochero con su carroza atropella dolosamente a una persona, las lesiones son por acción si es que él ha conducido la carroza contra su víctima. Sin embargo, si los caballos sin ninguna intervención corren hacia las personas, el cochero tiene que intervenir en forma salvadora, frenando o desviando a los animales. Si omite realizar esto, la valoración del supuesto —según la concepción de FEUERBACH— debería depender de si una ley manda intervenir. Pero..., ¿por qué debería regular una ley tales trivialidades?

En cualquier caso, probablemente sea —junto a otras— una especie de responsabilidad por ingerencia en la que HEGEL piensa, cuando según él, repito, «la forma positiva de los mandatos jurídicos», esto es, la norma que sirve de base a los delitos de omisión, tendría «según su contenido último como fundamento la prohibición»[29]; en efecto, el mandato de actuar de forma salvadora, se puede formular en el ejemplo enunciado (si bien normológicamente de forma incorrecta pero seguro que todavía comprensible) como prohibición de abandonar el dominio sobre la propia organización y dejar que las cosas sigan su curso. Prohibiciones por un lado, mandatos por otro, en todo caso, el que lanza por los aires a un niño en broma, está también obligado a cogerlo de nuevo, respondiendo sino según la pena del delito de lesión.

---

[27] STÜBEL, *Über die Teilnahme,* 1828, pág. 1, de todos modos, para supuestos de comportamiento anterior punible; detallado, GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht,* 1858, págs. 289 y ss., 299 y ss.; con consideraciones, que son válidas hasta la actualidad, MERKEL, véase infra nota 49.

[28] GLASER (nota 27), pág. 299.

[29] HEGEL (nota 18), § 38.

3. LA PÉRDIDA DE LA REFERENCIA TEÓRICO-SOCIAL

En el siglo pasado se produjeron diversos intentos de salir de esta situación algo intrincada, para lo cual, como era de esperar, se intentó siempre seguir el ejemplo del delito de comisión, aparentemente aquejado de menos inseguridades. Principalmente se trató de probar, que una omisión también podía ser causal para un resultado. Si hubiera tenido éxito esta prueba para todo tipo de omisión de una persona que podría haber impedido un resultado nocivo, desde luego que se habría demostrado suficiente; en efecto, entonces la omisión y la comisión —según el entendimiento de entonces— ya no se diferenciarían, y decaería el derecho a exigir todavía un «fundamento jurídico especial» como base de la responsabilidad[30]. Pero esto último no era lo deseado. Por el contrario, la fundamentación de FEUERBACH se consideraba concluyente, tanto en esos momentos como en los anteriores, y seguía vigente el principio por el cual, «en el mandato [se produce] una intromisión en el arbitrio de cada uno de mucho mayor calibre, que en la prohibición»[31]. Así, los esfuerzos se concentraron —descuidando la ley como «fundamento especial»— principalmente en la ingerencia —que desde el fenotipo perceptible es más parecida a la comisión— y se unían la acción anterior con la omisión en un «todo»[32], sin poder aclarar de todas formas, por qué una acción anterior causal pero no dolosa, y una omisión no causal pero dolosa debían constituir un delito doloso homogéneo y no dos mitades heterogéneas.

Éstos y otros esfuerzos conceptuales respecto de la causalidad[33], esto es, en encontrar el punto de Arquímedes por

---

[30] Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,* 1959, págs. 260 y s.; WOLFF, *Kausalität durch Tun und Unterlassen,* 1965, pág. 75.

[31] GLASER (nota 27), pág. 385.

[32] GLASER (nota 27), pág. 301. Mediante la omisión posterior el autor habría equiparado su comportamiento anterior «como si él hubiese realizado los actos preparatorios con mala intención»; LAMPE, *ZStW* 72, págs. 93 y ss., 105 y ss., en sentido parecido, se centra en un dolus subsequens. Después de que el problema de la causalidad de la omisión ha perdido relevancia, ya no son necesarios tales rodeos. —Sobre MERKEL, infra nota 49.—

[33] Una clasificación detallada, así como referencias de la discusión, se encuentra en BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung,* t. 2.°, 1.ª parte, 1914, págs. 516 a 546. Sobre la doctrina de ARISTÓTELES y su significado

ejemplo en el reprimir la decisión de salvar, es decir, en una «acción interna»[34] o en aquella acción que el autor realizó en lugar de la ayuda[35], son sólo dignos de mención, puesto que todavía ponían de manifiesto los esfuerzos por desarrollar una teoría común de la imputación para acción y omisión —igual que sucedió con los intentos de los hegelianos de presentar las omisiones como una obra de la voluntad y con ello aprehenderlas junto con las acciones bajo *un* concepto de acción[36]—. Pero tales intentos[37] no ofrecen la clave para el siglo XX; son en cambio —por así decirlo— barridos por el punto de vista positivo-naturalista generalizado en el último tercio del siglo, para el cual algunos, con su fijación por el problema de la causalidad, ya habían preparado el terreno. Así, la cuestión de los contornos de la obligación originaria perdió su interés en un positivismo que se había vuelto seguro de sí mismo —la legitimidad del derecho positivo ya no se ponía en duda—, y de lo único que se hablaba en Derecho penal era de la teoría de los elementos de un delito. Por lo que respecta a esos elementos, RADBRUCH (1904) demostró, que entre la acción y la omisión no existe un denominador común, y que especialmente las retorcidas construcciones en torno a la causalidad no comportan denominador común alguno, de tal forma que acción y omisión deben seguir sus propias reglas.

---

para la problemática actual de la «comisión por omisión», LOENIG, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles,* 1903, págs. 245 y ss., 253.

[34] En estos términos era planteada todavía la cuestión por BINDING (nota 33), págs. 546 y ss., 555 y ss., 557.

[35] LUDEN, *Abhandlungen aus dem Strafrecht,* t. 1.°, *Über den Versuch des Verbrechens,* 1836, pág. 474; sobre esto, GLASER (nota 27), págs. 379 y ss., VON BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule,* 1966, págs. 88 y ss., 98 y ss.

[36] Una clasificación se encuentra en VON BUBNOFF (nota 35), págs. 46 y ss. (HEGEL), 61 (KÖSTLIN), 74 y ss. (BERNER), 86 y ss. (HÄLSCHNER), 98 (LUDEN). Sobre las teorías actuales análogas, que se centran en un «efectuar» mediante el omitir: WOLFF (nota 30), págs. 33 y ss.; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten,* 1990, págs. 306 y ss.; MATT, *Kausalität aus Freiheit,* 1994, págs. 200 y ss.

[37] Respecto a la legislación, véase CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch,* 1912, págs. 17 y ss.

Esto último ya lo había afirmado FEUERBACH al subrayar lo específico de la omisión mediante el «fundamento especial». Pero en RADBRUCH no se trata de esta particularidad normativa, sino de una naturalista. Al contrario que la acción, así RADBRUCH, la omisión no conoce de voluntad, por cuanto se entendía por ésta una voluntad meramente naturalista, precisamente como hecho psíquico[38] —y en efecto, puede ser que a aquel que se queda mirando como otro muere, no le suceda psíquicamente nada más que eso: precisamente el mirar—. Además el omitente no produce ningún hecho. También esto se encuentra fuera de toda duda, puesto que RADBRUCH entiende por hecho un movimiento comporal voluntario con sus consecuencias, y tal movimiento puede que acompañe a la omisión —el omitente siempre hace algo, a no ser que justo en ese momento esté sin conocimiento o dormido—, pero no la fundamenta.[39] Por último a la omisión le falta la causalidad para el resultado[40], en tanto se entienda por causalidad, con RADBRUCH, que mediante una transformación en el espacio y en el tiempo se condiciona una nueva transformación; puesto que en efecto, una omisión no transforma nada en una situación, dejándola precisamente igual que está. La conclusión reza: «La omisión no sólo no tiene en común con la acción los elementos de la voluntad, el hecho y la relación de causalidad entre ambos, sino que se agota precisamente en negar tales elementos». Por ello, «igual que no pueden englobarse en un supraconcepto posición y negación, a y no-a, no pueden ser comprendidas en un supraconcepto acción y omisión...»[41].

De todas formas, RADBRUCH tampoco duda de la punibilidad de algunas omisiones, y precisamente por ello hay que plantear la cuestión de por qué ha ser jurídicamente de mayor interés que la omisión y la acción se comporten como a y no-a, que —hablando en términos polémicos— la circunstancia de que unos autores sean calvos, otros por el contrario con pelo,

---

[38] RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem,* 1904, págs. 132 y ss.

[39] *Ibídem,* págs. 137 y ss.; sobre el punto de vista discrepante —ya superado—, véase supra, la teoría del actuar de otro modo (nota 35).

[40] *Ibídem,* pág. 132; sobre esto, de forma más detallada, Armin KAUFMANN (nota 30), págs. 57 y ss.

[41] *Ibídem,* pág. 140.

circunstancias que, de nuevo, se comportan entre sí como un a y no-a. Voluntad, hecho y causalidad sólo existen en la acción, pero también sin voluntad, ni hecho, ni causalidad puede existir un comportamiento delictivo: precisamente, una omisión. ¿Por qué apunta pues RADBRUCH el mencionado estado de cosas? Jurídico-penalmente no interesa, o en cualquier caso no interesa en primer término, el contexto psicológico, sino el social, y en este contexto encuentran su sitio tanto voluntad *como* el simple dejar-que-suceda, hecho *como* omisión, causalidad *como* no-salvar; sin embargo, tal contexto apenas es aprehendido cuando el comportamiento imputable se desglosa en elementos naturalistas, al igual que cuando FEUERBACH aprehende tal contexto con su relación de regla-excepción, esto es, por un lado de «obligación originaria» y por otro, de «fundamento jurídico especial», aunque por lo menos FEUERBACH argumenta en un nivel normativo, mientras que los intereses de RADBRUCH se centran tan sólo en la física, o mejor dicho, en la mecánica del comportamiento.

Algo más de medio siglo después de RADBRUCH se radicaliza su concepción. Si bien es cierto que ya no se trata de elementos del delito entendidos en un sentido naturalista, sino de «estructuras lógico-materiales», lo que quiere decir, que entre la «estructura» y un «nivel valorativo» existiría una «coordinación necesaria»[42], no es menos cierto, y esto es lo decisivo, que se examina la «estructura» de un comportamiento individual y no aquella estructura de la Sociedad que imputa. Por ello, el más perspicaz de los autores, Armin KAUFMANN, tampoco plantea la cuestión en términos de qué tienen en común acción y omisión, dónde ambas formas de comportamiento pueden ser imputadas, sino que la plantea en términos de la comprobación «lógico-material» de la psicomecánica. Y según ésta, dice KAUFMANN, decae, junto la voluntad, también la posibilidad de hablar de dolo típico; también falta la posibilidad de un dominio del hecho, de tal modo que las formas de tratar la intervención omisiva y la intervención en la omisión deben desligarse de las de la intervención activa y de las de la intervención en una acción; lo mismo sucede con la tentativa, y

[42] Armin KAUFMANN (nota 30), pág. 17.

demás[43]. Los pormenores pueden dejarse aquí de lado: en cualquier caso, tampoco la sustitución del naturalismo por una «lógica-material» orientada en forma psicomecánica logra una respuesta a la cuestión de qué tienen en común relevante socialmente ambas formas de comportamiento, es decir, cuándo y por qué omisiones han de ser punibles como comisiones. Dicho de forma más breve, a las estructuras lógico-materiales les falta el contexto social.

A quien esta crítica le parezca pedante teniendo en cuenta la sutileza de las «estructuras lógico-materiales» señaladas, se le pueden aclarar las consecuencias de la concepción esbozada mediante el ejemplo de un viaje en automóvil: En estos casos se trata de un continuo cambio de acción y omisión: de conducir, acelerar, cambiar, no torcer, dejar que ruede, etc., a cuyo efecto alguna de estas cosas depende del tipo de vehículo de que se trate; un vehículo con cambio o aceleración automáticos disminuye la acción e incrementa la omisión. Y esta amalgama, que en la vida cotidiana resulta obvia...[44] ¿debería —según la opinión vista— de ser analizada en detalles cuando se realiza una valoración jurídica, detalles que, y de esto dependería la problemática, cuando son acciones deberían seguir distintas reglas que cuando son omisiones? Y cuando el acompañante del vehículo le dice al conductor que acelere, ¿tiene que tener otras consecuencias que cuando le dice que no frene?[45] ... problemas cotidianos tienen que poder resolverse de forma más sencilla.

---

[43] Armin KAUFMANN (nota 30), págs. 110 y ss., 186 y ss., 204 y ss., 239 y ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht,* 11.ª ed., 1969, págs. 204 y ss.

[44] Sobre el intercambio de acción y omisión mediante reorganización, acertado, PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum,* 1974, págs. 132 y ss., 140 y ss.

[45] Armin KAUFMANN (nota 30), págs. 190 y ss.; WELZEL (nota 43), pág. 206.

II. INSTITUCIONES

1. LIBERTAD DE COMPORTAMIENTO Y RESPONSABILIDAD POR LAS CONSECUENCIAS

A) *Fundamentación también para los mandatos: Deberes en virtud de una competencia por organización*

El punto de partida para la solución de una parte del dilema se encuentra ya en la afirmación de HEGEL —mencionada ya en diversas ocasiones— de que hay «mandatos, que según su contenido último [se fundamentan] en una prohibición»[46]. Lo que se quiere decir con ello no es especialmente difícil de descifrar:

En Derecho penal es habitual entender normas, no como expectativas institucionalizadas, sino como imperativos dirigidos a personas, o más exactamente, a la psique de personas. Desde este punto de vista una prohibición debe impedir la formación de un motivo que conduzca a una determinada actividad; un mandato, por el contrario, debe motivar precisamente a una determinada actividad. Si dejamos de lado ahora los excepcionalísimos casos de movimientos convulsivos, de movimientos reflejos y otros parecidos, se deduce la siguiente situación: una prohibición, si es que surte efecto, también impide, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal, mientras que al contrario, un mandato causa, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal. Prohibiciones y mandatos dirigen pues, cuando producen efectos, un sistema psicofísico que termina —de dentro a fuera— en la piel del cuerpo (más exactamente: con los músculos que son influenciables mediante nervios). Si este modelo es especialmente afortunado o si es una construcción elegante, debe ser dejado de lado aquí —en cualquier caso es el modelo dominante en Derecho penal[47]—. Órdenes de dirigir el mundo exterior más allá del cuerpo tienen que ser siempre enviadas a través del —*sit venia verbo*— aparato psicofísi-

---

[46] HEGEL (nota 18), § 38.

[47] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1.°, 4.ª ed., 1922, pág. 123; Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, págs. 102 y ss.

co. Si por ejemplo una persona va a caer sobre un niño aplastándolo, el imperativo reza, si es que la persona va a arrollar al niño, «deja ese movimiento», pero si aquél por infortunio va a caer encima de éste, el imperativo rezará «sostente».

Ambas órdenes radican en *un* fundamento, que formulado por su parte como orden podría enunciarse: «¡Tu cuerpo no debe aplastar a un niño!». La legitimación para esa orden fundamental resulta evidente: La exclusiva facultad de disposición de la persona libre sobre su propio cuerpo, que en la concepción liberal es obvia, obliga como sinalagma al deber de cuidar de la inocuidad del mismo; pues, sin merma de la libertad de esa persona nadie podría asumir de otra manera este cuidado. La unión del arbitrio de uno con el arbitrio del otro según una ley general de libertad se produce bajo la condición de que las personas se manejen libres con su cuerpo[48], esto es, no sólo mediante *prohibiciones* jurídicas, sino que también tiene que incluir *mandatos* jurídicos, precisamente aquéllos, de cambiar la situación del cuerpo mediante una actividad si es que en caso contrario amenaza un daño para el otro. Evidentemente tales mandatos no tienen nada que ver con un comportamiento solidario, no requieren pues un «fundamento jurídico especial», sino que son parte de la «obligación originaria».

El dominio exclusivo de la persona libre sobre su cuerpo no es de todas formas la única circunstancia por la que pueden haber mandatos dentro de la «obligación originaria». En una Sociedad de propietarios libres y de titulares de derechos, las personas conforman, también más allá del cuerpo, ámbitos de organización propios, cuya administración les es concedida únicamente con exclusión de los demás. Tales ámbitos de organización incluyen objetos materiales, *v. gr.,* un terreno, una casa, un automóvil, o también el uso de derechos, por ejemplo el derecho de desplazarse en automóvil por las vías públicas en el marco del uso común. En sinalagma por esta libertad[49] existe de nuevo el deber de mantener el ámbito de

---

[48] KANT, nota 15.

[49] MERKEL fue el primero que formuló este amplio sinalagma de forma clara, al que ya GLASER (nota 27, págs. 299 y ss.) se había aproximado; *Kriminalistische Abhandlungen,* 1.ª parte, 1867, págs. 76 y ss., 81 y ss.: Las omi-

organización en una situación inocua, ya sea no motivándose el titular —siguiendo una prohibición— a una configuración peligrosa, ya sea eliminando él de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido —esto es, siguiendo un mandato—. Así pues, cada cual debe dirigir activamente a una situación distinta, no sólo su cuerpo, sino también por ejemplo un automóvil conducido por él o un fuego por él encendido, cuando en caso contrario amenacen daños. *La «obligación originaria» tiene pues como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización —de la forma que sea— en una situación inocua para los demás.* Junto a la prohibición «no dañes», aparece pues un mandato, que es independiente del deber que señalaba WOLFF de «servir de diversa forma a los demás» [50] y cuyo enunciado es: «Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización».

Respecto de los mandatos en virtud de una competencia por organización entran en primer lugar en consideración los llamados deberes de aseguramiento en el tráfico. Quien domina un objeto material debe cuidar de que los contactos de otras personas con el objeto permanezcan indemnes. Todo propietario de una casa sabe del mandato de asegurar que las ripias no caigan del tejado; todo dueño de un arma conoce el deber de no dejarla accesible a personas sin autorización, y todos tienen que soltar objetos frágiles, cuando sienten que van a sufrir un ataque convulsivo.

Tales deberes de aseguramiento pueden también nacer

---

siones conllevan en este sentido responsabilidad «cuando nosotros hemos puesto en peligro la integridad de los demás de forma imputable mediante el comportamiento previo». En especial, MERKEL percibió acertadamente que un comportamiento anterior que sea a todas luces socialmente adecuado no conlleva deber alguno (pág. 83, argumentando así en contra de GLASER, págs. 84 y ss.). Sin embargo, MERKEL —al igual que GLASER— no consiguió liberarse del pensamiento del comportamiento anterior causal (y así, no vio que el comportamiento anterior puede ser una omisión), y de esta forma acota su concepción de los deberes de solidaridad, que él tiene que encuadrar en su totalidad como delitos propios de omisión (dispuestos por la ley y no necesariamente iguales a la comisión; «Omissivdelikt»). Véase también MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, ed. por LIEPMANN, 1912, págs. 133 y ss.

[50] WOLFF, nota 9.

especialmente de un determinado comportamiento anterior; entonces hablamos, como ya se mencionó, de ingerencia. Tampoco aquí apenas darán lugar a dudas los casos básicos de la vida cotidiana. Un cochero debe parar o desviar su vehículo cuando en caso contrario una persona resultaría atropellada; quien excava una zanja en una calle pública, tiene que asegurarla de tal forma que nadie caiga en ella, y quien hace una hoguera en el monte debe de nuevo también apagarla, y en verdad, en todas estas ocasiones en virtud de su competencia por organización y no, por razón de solidaridad.

La responsabilidad por ingerencia resultará problemática, cuando el curso dañino ha abandonado el ámbito de organización del competente, o incluso quizá ya ha alcanzado el ámbito de la víctima; ya no se trata entonces del mero aseguramiento de que una organización no produzca un output dañino, sino de la revocación de un output que ya ha sucedido; a diferencia que en el aseguramiento, en estos casos puede que varias personas tengan de forma concurrente la competencia de la revocación, o del salvamento de una organización ajena ya perturbada[51]. Hablando en términos ejemplificativos: Nadie duda del deber de un conductor de frenar su vehículo ante un peatón que cruza la calle, y en verdad tampoco, aunque el peatón esté cruzando de forma prohibida; una violación dolosa del deber sería un homicidio por omisión; pero cuando ya se ha producido un accidente, y la víctima amenaza con desangrarse, se puede discutir si al conductor le incumbe el conseguir ayuda o es incumbencia de la policía, o se puede discutir también si nadie se encuentra obligado con el peatón —al menos nadie obligado bajo la pena de homicidio por omisión— por ejemplo, cuando este último haya actuado de forma contraria a su obligación y todos los demás se hayan comportado correctamente.

---

[51] WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage der Handlungsäquivalenz der Unterlassung,* 1968, págs. 209 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip,* 1972, págs. 294 y ss.; SEELMANN en NEUMANN y otros (ed.) *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch,* 1995, § 13 not. marg. 117 y ss.; FREUND, *Erfogsdelikt und Unterlassen,* 1992, págs. 180 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT,* 2.ª ed., 1991, 29/38 y ss. con más referencias. En contra, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte,* 1971, págs. 281 y ss. Respecto a los deberes de salvamento en la *comisión,* véase la nota 77 (y allí, lo referido en el apartado b).

Hay buenos motivos para no gravar con un deber de salvamento a todo el que ha causado un accidente, pero sí, a quien lo ha causado mediante una organización antijurídica[52], y también a quien ha organizado una actividad permitida pero peligrosa, y en verdad, en tanto el suceso no le incumba a otro prioritariamente[53]. Una fundamentación sucinta sería: Quien organiza algo prohibido, debe evitar daños como mejor pueda, y quien organiza tan sólo algo peligroso, de la misma manera debe evitar los daños, a no ser que otros hayan organizado algo de más importacia que lo simplemente peligroso. Se trata de nuevo del sinalagma de la libertad de organizar y el deber de evitar daños. En nuestro ejemplo esto significa que el automovilista debería ayudar al peatón al que ha atropellado por accidente —la conducción de automóviles es, en efecto, una organización peligrosa—, pero no cuando el peatón, por su parte, se ha comportado incorrectamente[54]. No se trata en el presente contexto de señalar los límites exactos de la responsabilidad por ingerencia[55], baste en cambio como conclusión que esta responsabilidad, allí donde quiera que termine, resulta en cualquier caso del ser-incumbente a causa de una organización, esto es, resulta de la «obligación originaria» y no de «un fundamento jurídico especial».

Lo mismo es válido para el deber en virtud de la asunción de una tarea —que en el marco de la competencia por organización no debe ser olvidado[56]—, y que habitualmente —de forma poco afortunada— es designado como deber en virtud de un contrato. En los casos de asunción no sólo es relevante la promesa de una prestación, sino también el abandono de

---

[52] GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt,* 1989, págs. 88 y ss.; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz,* 1966, págs. 157 y ss., 163 ff.; (respecto de una fundamentación de la ingerencia mediante algunos comportamientos conformes a derecho, véase sin embargo, RUDOLPHI en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* 6.ª ed., 1994, § 13 not. marg. 40.a).

[53] Así también en el fondo, a pesar de haberlo fomulado en forma diferente, BGH 37, págs. 106 y ss., 114 y ss. (responsabilidad por el producto).

[54] Así también, BGH 25, págs. 218 y ss., 222 y ss.

[55] Referencias detalladas en JAKOBS (nota 51), 29/38 y ss.

[56] STREE en GEERDS y otros (ed.), *Festschrift für H. Mayer,* 1966, págs. 145 y ss.; respecto a la asunción en la *comisión,* véase nota 77 (y allí, lo referido en el apartado b).

otras medidas de protección que se produce como consecuencia de la promesa; el que asume organiza pues, mediante su promesa, una aminoración de la protección y debe compensar esta menor protección. El panorama de casos abarca desde la niñera hasta el guía de montaña, y no presupone un contrato válido. También la niñera menor de edad, que se dedica a ello sin la aprobación de sus representantes legales, está penalmente obligada a ayudar en caso de necesidad al bebé dejado a su cuidado; y quien comienza a guiar en la calle a una persona débil no debe interrumpir su ayuda en medio del hervidero de automóviles. El fundamento de tal responsabilidad es pues únicamente la organización imputable de una aminoración de la protección.

B) *¿Sustitución de mandatos mediante prohibiciones?*

Para concluir esta parte queda por aclarar, si no se podrían reformular en prohibiciones la totalidad de los mandatos que resultan de la competencia por organización. Esto sería posible, pero entonces debería ser de nuevo determinado el destinatario del imperativo.

Como ya se señaló, en Derecho penal lo habitual es dirigir o destinar los imperativos a una persona como sistema psicofísico. El motivo para esta destinación es, en primer lugar, que el imperativo debe producir una influencia psíquica, y en segundo, que sin movimiento corporal no existe un hecho exterior (*cogitationis poenam nemo patitur*). Por ello el imperativo reza para las prohibiciones, que no debe formarse un motivo determinado con la consecuencia de una determinada actividad; para los mandatos en cambio, que debe ser producido precisamente un movimiento corporal motivado. Cómo logre la persona formar los motivos con la correspondiente actividad como resultado, o cómo logre no formarlos es, en principio —esto es, exceptuando situaciones de exclusión de la culpabilidad o disculpantes— asunto suyo. Si existe por ejemplo una tremenda inclinación a cometer un delito mediante una actividad, de todas formas el imperativo sigue enunciando que la persona no debe formar el motivo que conduzca a esa actividad (una prohibición), y no por ejemplo, que la persona deba formar contra-motivos en contra de tal inclinación (un

mandato). El sistema psicofísico es tratado pues como una black box, en la que se encuentra siempre disponible un *quantum* suficiente de disposición para el seguimiento de la norma; en tanto el sistema no produzca movimientos corporales motivados incorrectamente, funciona todo en orden en caso de imperativos prohibitivos, e igualmente, y si se trata de mandatos, funciona todo en orden cuando se produce la actividad motivada acertadamente; sin embargo, si se produce un movimiento corporar motivado incorrectamente, se trata siempre de una actividad contraria a la prohibición —sin atender a las «luchas internas» anteriores—, del mismo modo que siempre nos hallamos ante una violación del mandato cuando falta la actividad motivada correctamente. Psicológicamente puede parecer este punto de vista no plausible. Así, como es sabido, el resistirse ante un vicio inveterado de hacer algo prohibido supone un esfuerzo inmenso. Pero esta prestación no interesa a la hora de realizar la imputación jurídico-penal, puesto que el Derecho penal no trata de distinta manera a quien vence con enormes esfuerzos una inclinación al delito, que a quien de todos modos no le interesa tal delito: ambos cumplen con su deber. Lo mismo ocurre cuando se trata de mandatos: quien solamente con todas sus fuerzas puede lograr satisfacer el deber de realizar una actividad, se encuentra jurídicamente como aquel que se siente inclinado a ello. Este punto de vista se podría entender como una radicalización de la separación *kantiana* de Legalidad y Moralidad[57]: En caso de comportamiento correcto no sólo no interesan los resortes que producen el impulso (Triebfeder) sino tampoco las completas circunstancias en las que se produjo la impulsión (Antriebslage).

La determinación del destinatario en la forma que se acaba de esbozar no es la única posible. Así, se podrían sumar al destinatario como parte de su persona también su propiedad, sus derechos y su comportamiento; la destinación se dirigiría entonces no ya a la cabeza tan sólo del cuerpo, sino a la cabeza del completo ámbito de organización. Formulado de otra manera: El imperativo se podría dirigir en vez de a una persona como sistema psicofísico, también a la persona como ámbito de organización, con la consecuencia de que *toda* configu-

---

[57] KANT (nota 15), pág. 219.

ración dañina del ámbito de organización infringiría una *prohibición*. Si estuviese por ejemplo prohibido que una persona que conduzca un automóvil —ésta, entendida como sistema psicofísico *más* el automóvil por él conducido— atropellase a un transeúnte, ya no interesaría cómo hay que cumplir con la prohibición, al ser un suceso que ocurre dentro de la black box: Si la prohibición se cumple mediante una actividad del sistema psicofísico (mediante frenar) o sin tal (el vehículo de todos modos rueda solo hasta pararse) sería indiferente. Toda configuración dañina del ámbito de organización estaría prohibida de la misma manera que en el modelo habitual lo está toda actividad dañina motivada. Según este punto de vista, no quedaría lugar para mandatos que resultan de una competencia por organización.

De todos modos, este nuevo modelo que se acaba de esbozar enseña algo: la dependencia del contexto de aquello que es llamado prohibición o mandato. Por lo demás, no ofrece en el campo del Derecho penal ventaja alguna, pero sí el inconveniente de una escasa claridad. En otros contextos, por ejemplo a la hora de juzgar ámbitos de organización muy desconocidos (Estados, consorcios), que son administrados en forma anónima, puede ofrecer ventajas.

C) *Limitación también de prohibiciones: exclusión de la imputabilidad objetiva*

Si en virtud de la «obligación originaria» también existen mandatos, la tesis de FEUERBACH es equivocada, por lo que podría surgir la duda de si el resto de sus planteamientos también lo son. ¿Precisará la «obligación originaria» quizás también de una interpretación cuando se trata de prohibiciones? FEUERBACH se refiere con una cierta ingenuidad a las prohibiciones, como si respecto de ellas constase que no pueden bajo ningún concepto obligar a un comportamiento solidario, es decir, como si no sobrepasasen nunca el marco de las relaciones negativas. Pero tal punto de vista equivoca su objeto profundamente; en efecto, FEUERBACH y los autores que le siguen presuponen evidente un determinado contenido de las prohibiciones entre muchos de los posibles, a saber: dejar a los demás en su libertad. Pero tan pronto como —en beneficio de

los demás— se prohíbe hacer uso de la propia libertad —se podría pensar en la prohibición de abandonar la casa o de proceder con cosas propias según se quiera— se trata —a la vez que de prohibiciones— de deberes de solidaridad.

Para una aclaración exacta hay que señalar en primer lugar que en todo curso dañino ya participan en teoría un mínimo de dos personas: un autor y una víctima; en la práctica, se pueden encontrar, casi sin excepción, también terceros que de alguna forma hayan influido en el curso del suceso. Por tanto siempre entran en consideración varios ámbitos de organización, en los que puede ser encontrada la razón determinante para el curso dañino. Un ejemplo sencillo puede servir para aclararlo: Un comerciante apaga por la noche la iluminación de su escaparate, la cual alumbra la calle considerablemente. La iluminación viaria pública alumbra el accidentado pavimento tan sólo pobremente; como era de esperar —porque algo parecido ya había pasado más veces— un trasnochador se tropieza y se hiere. ¿Quién ha organizado el curso dañino? El vendedor ha dejado a oscuras la calle que se encontraba iluminada, pero la iluminación urbana es asunto del Municipio; por otra parte se podría perfectamene discutir, si el Ayuntamiento tiene la función de iluminar el camino a casa de todo trasnochador.

Un curso dañino puede por tanto basarse en un comportamiento defectuoso del autor (del comerciante), o de un tercero (jefe de la Administración Municipal), o en una falta de cuidado de la propia víctima (del trasnochador) o bien, y si es que todos se han comportado correctamente, la propia víctima deberá soportar el daño como un infortunio: *Casum sentit dominus.* Como muestra este ejemplo cotidiano, una prohibición —tomada al pie de la letra— consistente en no dañar a otros mediante una actividad no dejaría siempre la relación entre el autor y la víctima en algo negativo; una prohibición con el contenido: «antes de que todos los trasnochadores estén en casa, no debe apagarse la iluminación de los escaparates» contendría, en cambio, un deber de solidaridad con los trasnochadores, por lo que seguro que no sería parte constitutiva de la «obligación originaria», sino, antes bien, sería tan sólo legítima con un «fundamento jurídico especial», y tal fundamento

no puede encontrase en una Sociedad que ha sido constituída de forma liberal.

Esta problemática es muy tratada en la moderna discusión bajo la denominación de «imputación objetiva»[58]; con ello no se hace referencia solamente a que la evitabilidad subjetiva de un curso dañino determina la imputación (en caso contrario debería responder el comerciante de nuestro ejemplo —él ha podido ver venir el accidente—), sino a que la evitación debe ser también objetivamente tarea de la persona, si es que ésta ha de responder penalmente. La limitación de la responsabilidad se deduce de la idea que aquí es correcta de que no es deber de una persona preocuparse de todo resultado de su comportamiento, sino que algunos resultados caen en el campo de las tareas de terceras personas o de la propia víctima o, en su caso, esta última tiene que soportar tales resultados como un infortunio, ya que de otro modo la libertad de comportamiento quedaría asfixiada en favor de una sociedad exageradamente cuidadosa por todas partes. La «obligación originaria» en su parte prohibitiva (puesto que, como se mostró supra, tal «obligación originaria» comprende también mandatos, a saber: los deberes de actuar en virtud de una competencia por organización) no se encuentra pues correctamente descrita cuando se la especifica como prohibición de la causación de un curso dañino; antes bien, en esta parte prohibitiva se trata únicamente de evitar aquellos cursos que sólo pueden ser aclarados remitiendo a la propia libertad de organización, los cuales por tanto, y formulado en forma negativa, no han der ser aclarados mediante la libertad de organización de las demás personas.

Los supuestos de riesgo permitido son sin duda los casos de más importancia en los que falta la imputabilidad objetiva de un comportamiento[59]. De ningún comportamiento humano pueden excluirse con certeza prolongaciones desafortunadas

---

[58] FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; ROXIN, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1994, 11/36 y ss.; RUDOLPHI (nota 52), nota marg. 50 y ss. previas al § 1; JAKOBS (nota 51), 7/35 y ss.; crítico, HIRSCH, *Universität zu Köln-Festschrift*, 1988, págs. 399 y ss., 402 y ss.; KÜPPER, *Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik*, 1990, págs. 83 y ss.

[59] Referencias detalladas en FRISCH (nota 58), págs. 90 y ss. (FRISCH trata el riesgo permitido como producto de una ponderación racional, págs. 72

como consecuencia a su vez de constelaciones desafortunadas: Todo apretón de manos podría transmitir una enfermedad; todo viaje en avión o en coche puede acabar en accidente; un niño puede sufrir un percance cada vez que va de camino al colegio; todo nuevo producto podría encerrar peligros desconocidos, e incluso medidas de autoprotección, como vacunas preventivas, pueden ocasionar en el caso concreto más perjuicios que ventajas. Pero una prohibición de éstos y otros comportamientos comparables suprimiría evidentemente la libertad de comportamiento. Esto también es válido para la libertad de omitir: A aquel que por precaución permanece en la cama por la mañana puede precisamente por ello pasarle inadvertido que la armadura del tejado está ardiendo. Si ha de ser por tanto posible la libertad de comportamiento, se debe exigir a la víctima que acepte los resultados de tal comportamiento como su infortunio; —como compensación, la víctima participa también de las oportunidades que ofrece la libertad de comportamiento[60]—.

No es que se objete, que una responsabilidad, en tales casos, estaría abocada al fracaso puesto que no se podría pronosticar el peligro con una densidad suficiente como para decidir. Esto puede ser correcto a lo sumo en el caso concreto, pero no es válido cuando se trata de grandes empresas en las que se administran gran cantidad de casos. Por ejemplo, en la producción de un automóvil o al establecer una gran obra de construcción se pueden calcular —y por cierto, con material estadístico relativamente sencillo— el número de muertos y heridos que se esperan, y esto en una cuantía, en sí, suficiente para decidir (para seguros de accidente esto es una tarea diaria). Pero también aquí —hablando figuradamente— se asientan estos resultados no en la cuenta del administrador de la

---

y ss., 76, pero en realidad, es, en parte, algo que simplemente ha sobrevenido historicamente; igual que FRISCH, FREUND [nota 51], pág. 51 ff.); JAKOBS (nota 51), 7/35 y ss.; ROXIN (nota 58), 11/36 y ss.

[60] De todas formas, esto no significa que no se pueda, dentro del riesgo permitido, diferenciar entre un riesgo base y un riesgo acrecentado, y que a aquel que haya organizado este segundo riesgo no se le pueda gravar con una responsabilidad civil de peligro. La evitación de lo permitido, sin embargo, no pertenece penalmente a la «obligación originaria», en tanto no se vislumbren daños.

empresa, sino en la de los costes inevitables de un mundo tecnificado[61].

Ni el riesgo permitido ni ningún otro instituto de la imputación objetiva se encuentra específicamente limitado a la imputación de actividades; al contrario, la necesidad de su traslado al campo de la omisión resulta evidente: Quien puede iniciar activamente una tarea riesgosa permitida, no tiene que impedirla, si tal actividad se produce sin su intervención. Ejemplificativamente: A quien está permitido mandar al niño por un camino no del todo seguro al colegio, tampoco tiene que actuar si el niño se marcha solo por el camino.

De los otros subinstitutos que determinan una exclusión de la imputación objetiva, habría que mencionar —sin pretensión de exhaustividad— todavía dos. En primer lugar, se trata de los casos en que existe una comunidad fundamentada en los contactos sociales, si bien en ningún caso absoluta, sino siempre limitada de determinada forma. Pues bien, en estos casos, las metas que sean pretendidas por uno de los miembros de esa comunidad más allá de lo común, no habrán de ser tenidas en cuenta por el otro componente de la comunidad[62]. Hablando en términos ejemplificativos: La compra de objetos se agota en el intercambio de la mercancía por el dinero, y el pago de deudas en la liquidación del crédito; lo que el comprador haga con la mercancía, por ejemplo si la exporta de forma prohibida o si la usa por su parte para un negocio fraudulento o para la construcción de un paquete bomba, le interesa al vendedor tan poco, como al deudor le importa si el acreedor subvenciona a una organización terrorista con lo recibido o financia tráfico de armas prohibido. Con más razón permanecen los campos de responsabilidad separados cuando falta toda comunidad, antes bien una persona intenta obligar a otra a tal comunidad. Aclarémoslo también con un ejemplo: Cuando los terroristas amenazaron que el presidente de la unión de empresarios, Schleyer, sería asesinado si continuaban encarce-

---

[61] Y esto sin garantía de que en este punto se produzcan también ventajas paralelas. Así por ejemplo, la producción de un ligero descapotable conlleva tan sólo ventaja para *una cosa*: para la libertad de comportamiento.

[62] FRISCH (nota 58), págs. 230 y ss.; JAKOBS (nota 51), 7/59, 24/13 y ss.; el mismo, *ZStW* 89, págs. 1 y ss.

lados correligionarios de los terroristas, a quienes tuvieron que tomar la decisión les era de sobra conocido que el mantenimiento de la prisión (sea esto una acción o una omisión) podría tener como resultado la muerte de Schleyer, como de hecho sucedió. El mantenimiento de la prisión no fue de todas formas un comportamiento homicida, ni tampoco una participación en tal comportamiento, puesto que agota su significado en la ejecución de la pena: una tercera persona no puede hacer girar en una dirección delictuosa este significado, mediante resultados que enlaza a su arbitrio a dicha ejecución de la pena. En otras palabras, los terroristas no podían obligar al Gobierno —bajo amenaza de pena— a ser solidario con Schleyer.

El segundo subinstituto que hay aquí que mencionar y por medio del cual se han de interpretar restrictivamente todas las prohibiciones, para que no se llegue a una compulsión de comportarse solidariamente, es la actuación a propio riesgo, esto es, el traslado de la competencia a la víctima, y en verdad, a causa de su propio comportamiento organizativo[63]. Al respecto no se debe pensar solamente en casos en que la víctima mediante su infracción del deber de cuidado reduce la responsabilidad del autor a modo de una concurrencia de culpas, como sucede por ejemplo cuando un peatón que circula imprudentemente por una carretera es atropellado por un automovilista igualmente imprudente; antes bien, es también posible la solución radical de que una víctima que se ha expuesto a un peligro sin motivo razonable, deba también sufrir las consecuencias en solitario. Quien emprende algo temerario como un paseo en velero habiendo tempestad, o una excursión por la montaña cuando se produce una nevada, o un combate de boxeo, no puede invocar en caso de consecuencias dañinas que los demás tenían que poner cuidado y en atención a él haber omitido la actividad, porque tal cuidado frente a una persona autoresponsable sería incompatible con la relación negativa como relación entre iguales; todos tienen que hacerse autoresponsables, esto es, también la víctima de sus propias organizaciones.

---

[63] FRISCH (nota 58), págs. 148 y ss., 180 y ss.; ROXIN (nota 58), 11/86 y ss., 98 y ss.

D) *Conclusiones*

Resumiendo lo dicho se puede decir: Si se parte del fundamento liberal de que la «obligación originaria» tiene como contenido negativo que el otro no deba ser perturbado en su existencia, entonces no se puede lograr una juridificación de este modelo tan sólo mediante la prohibición de no dañar a los demás, y por cierto, desde dos puntos de vista. *En primer lugar* tienen también que incorporarse mandatos del contenido de impedir peligros para bienes ajenos que procedan —sin actividad actual del titular— del propio ámbito de organización. Estos mandatos son el resultado de la libertad de organizar; existen pues ya porque el autor es persona y tiene que respetar por ello a la víctima, y no necesitan ningún «fundamento jurídico especial». *En segundo lugar*, en el marco de la prohibición sólo deben ser evitados resultados lesivos que no pertenezcan a la organización de una tercera persona o de la propia víctima, o que no tengan que ser soportados por la víctima a modo de infortunio; en efecto, en caso contrario estarían todos obligados a renunciar a su libertad en beneficio de una víctima amenazada, sin que el fundamento de la amenaza estuviese en el ámbito de organización del que ha renunciado; esto sería una obligación a un comportamiento solidario. En consecuencia, no es la prohibición el supraconcepto normativo adecuado, sino la competencia (el ser-competente) en virtud de una organización.

El desdoblamiento de la competencia por organización en subinstitutos de fundamentación de la responsabilidad —deberes del tráfico, ingerencia y asunción, como fundamentadores de responsabilidad— o de exclusión de la responsabilidad —riesgo permitido, responsabilidad de otro, infortunio— debe ser entendido dentro del derecho abstracto como simple denominación de las formas jurídicas. Así pues, los ejemplos mencionados respecto de los institutos en concreto presuponen para la solución más de lo que aquí se ha fundamentado, por cuanto que la fórmula debe referirse a la concreta configuración de la Sociedad contemporánea. Otras Sociedades puede que encuadren como riesgos especiales, y por tanto como fundamentadoras de ingerencia, actividades que en la Sociedad actual son tenidas por riesgos normales, y viceversa, y

para ellas puede que se tenga por infortunio lo que en la actual Sociedad todavía se vincula con un determinado comportamiento organizacional. Por ello, todos los contenidos de los mencionados institutos son contingentes —también dentro del planteamiento liberal formulado por KANT, FRIES, FEUERBACH y HEGEL—. Pero tenga el aspecto que tenga el contenido, las fomas mencionadas de la fundamentación o de la exclusión del deber permanecen vinculadas a nuestro planteamiento.

2. OTRAS INSTITUCIONES

A) *Planteamiento*

Queda aún la cuestión de qué se puede agregar a la responsabilidad ya esbozada —esto es, en virtud de una competencia por organización— a modo de responsabilidad en virtud de un «fundamento jurídico especial». Una parte a tener en cuenta de la doctrina jurídica se haya todavía fascinada por el pensamiento de que el prototipo de la responsabilidad penal sería el delito de comisión y por ello habría que buscar en la omisión la «equivalencia con la comisión» [64], entendiendo por tal equivalencia una similitud externa, a la actividad; pero hay por lo menos un escollo que no puede ser salvado en tanto se siga buscando en un suceso externo la equivalencia con la comisión: Los padres que dejan morir a su hijo...: ni actúan, ni se encuentran obligados por deberes de seguridad del tráfico, ni necesariamente han tenido que llevar a cabo actos anteriores riesgosos, y tampoco han asumido algo, esto último en cualquier caso no, si es que tampoco nadie se hubiese ocupado del niño en ausencia de los padres. Así pues, aparentemente, los padres no serían en estos casos punibles por homicidio. Para evitar esta consecuencia —junto a soluciones que no se ajustan a un determinado sistema [65]— ha sido propuesto interpretar que una estrecha comunidad de vida es una forma de

---

[64] GALLAS (nota 52), págs. 67 y ss.; SCHÜNEMANN (nota 51), págs. 229 y ss.; el mismo, en GIMBERNAT y otros (comp.) *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, págs. 49 y ss., págs. 75 y s.; FREUND (nota 43), págs. 265 y ss.

[65] GALLAS (nota 52), pág. 92.

existencia fundamentadora de deber, lo que provoca la objeción de que con ello no se encontraría el carácter jurídico de los deberes, sino que se concedería carácter jurídico infundadamente a deberes morales[66] —los cuales en situaciones de estrecha comunidad de vida, difícilmente pueden ser negados—. Que la objección no apunta al vacio, lo muestra la despreocupación con la que en la Jurisprudencia y en la Literatura por ejemplo se parte de deberes de cuidado asegurados penalmente de un miembro de una pareja homosexual respecto del otro[67], si bien tal relación en sí misma no roza ni siquiera al margen la constitución jurídica de la Sociedad. Densidad emocional y Derecho son dos cosas distintas. Pero esto tampoco significa que Derecho y solidaridad no puedan ser vinculados en ningún caso.

El Hombre configura el mundo; como se vio, esto tiene lugar mediante el trabajo, mediante la actividad, aunque también a través de omisiones. Tiene lugar precisamente mediante organización. Por medio del comportamiento organizativo de los Hombres la conformación del mundo se convierte en contingente, y por ello es necesario, como compensación, mudar a los Hombres en Personas, esto es, en portadores de roles que administran sus ámbitos de organización según estándares fijos y que en caso de administración defectuosa conducen a responsabilidad, es decir, que son definidos como fundamento determinante del defecto. Este sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, esbozado aquí nuevamente, es por su parte una institución, a modo de haz de carácter jurídico y estable, de las relaciones sociales. La responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización; correspondiéndose con esto, las expectativas de los demás no van dirigidas a que un Hombre capaz de organizar *va a* hacer o no, algo determinado, sino a que una Persona *debe* comportarse de una determinada manera. Conciso y bre-

---

[66] Véase, por todos, *Gallas* (nota 52), pág. 71.

[67] AG Duisburg MDR 1971, pág. 1072; SK-RUDOLPHI (nota 52), § 13 nota marg. 51; DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch,* 46.ª ed., 1993, § 13 nota marg. 10; más referencias y crítica en JAKOBS (nota 51), págs. 29/66 con la nota 138.

ve: Nadie responde en su condición de Hombre, sino todos en la de Personas.

Si está claro pues, que ya la competencia por organización presupone la institución de la constitución jurídica de la Sociedad —mediante el sinalagma de libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias[68]—, se ilumina inmediatamente la dirección, en la cual hayan de buscarse «fundamentos jurídicos especiales» de deberes, que sean equivalentes a los deberes en virtud de una competencia por organización: La búsqueda no tiene que dirigirse a un «dominio del hecho» parecido a la organización —esto desorientaría igual que desorientó la búsqueda en el siglo pasado de una causalidad equivalente a la de la comisión—, sino que tiene que dirigirse a aquellas instituciones que determinan la identidad de la Sociedad de la misma manera que ésta se encuentra determinada por el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias. Esta búsqueda depende pues de la

---

[68] Quien reconoce la existencia de responsabilidad por organización pero rechaza otras instituciones (véase sólo FREUND [nota 51]; SCHÜNEMANN en *Dogmatik* [nota 51], págs. 60 y ss.), debería explicar, porqué garantías jurídicas deben tan sólo referirse a una de las posibles instituciones («libertad de comportamiento conlleva responsabilidad por los resultados»).

Por lo que respecta a la competencia en virtud de una organización, H. LÜBBE (Zürich) manifestó en la discusión [*] su suposición de que en el futuro van a incrementarse «la cantidad de posibilidades de influir en otros por medio de procesos causales sociales mediante omisión», de tal forma que la «sociedad moderna» «sencillamente se va a amurallar» con el correspondiente reforzamiento penal. Respecto al contexto de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, hay que tener en cuenta, que el aumento del ámbito de posibles consecuencias puede (aunque no: tiene que) ser precedido también de un aumento del ámbito de la libertad. Ejemplificativamente: El omitir la revocación de un producto a gran escala puede traer consigo resultados nocivos en masa, pero sólo, cuando previamente se ha realizado una venta a gran escala. O bien: El tráfico automovilístico es todavía entendido como fomentador de la libertad, a pesar de su muy densa regulación y de la estricta responsabilidad por errores (también mediante omisiones, *v. gr.*, no frenar).

[*] El Prof. Jakobs se refiere, en ésta y en próximas notas, a la discusión desarrollada tras la exposición en forma de conferencia de una versión resumida del presente trabajo, conferencia que fue defendida en la Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften el día 13 de diciembre de 1995 en la ciudad alemana de Düsseldorf. [Nota del trad.]

semajanza para la estructura de la Sociedad, y no en cambio de una semejanza naturalista.

Desde este punto de vista no hay que temerse, que en las conclusiones resulte una mezcolanza de fundamentos de la responsabilidad heterogeneos compuesta por una «obligación originaria», e independientemente de ella, por «fundamentos jurídicos especiales». Antes bien, se trata de un fundamento único, a saber, del mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social; este fundamento se divide en la competencia por organización —para una Sociedad liberal evidente— y junto a ella, otras competencias todavía por nombrar, provinientes de otras instituciones pero que, en todo caso, hay que resaltar que igualmente se derivan de instituciones; estas competencias institucionales siempre deben estar dirigidas a una unión positiva entre Personas, esto es, a una porción de mundo en común, puesto que el marco negativo ya está plenamente cubierto por la competencia en virtud de una organización. Se trata pues ahora, de adicionar a las relaciones negativas que determinan la identidad social, las positivas que sean irrenunciables.

B) *Deberes estatales*

Tal adición sólo puede llevarse a cabo en parte de una forma jurídica abstracta, puesto que de lo contrario debería ser lograda de un análisis de la concreta configuración social; esto es lo mismo que sucedía, por hablar de nuevo de la competencia por organización, cuando hemos deducido ésta, solamente de la abstracción del conjunto de todas las concepciones sociales liberales, pero no en todo caso de todas las concepciones sociales. Pero por lo menos se pueden lograr algunos deberes del Estado de forma tan jurídico-abstracta como sucede con la competencia por organización, a saber, mediante la reflexión acerca de las condiciones de la competencia por organización; si bien el Estado como persona jurídica no responde por sí mismo penalmente, sí en cambio los titulares de una función pública[69] que actúan para él.

---

[69] SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984.

La simple ordenación de la competencia por organización no es más que una palabra vacía si no se decide a la vez la cuestión *quis iudicabit.* Así, el Estado debe tener la obligación de velar por la satisfacción de las pretensiones penales, y por la decisión de la autoridad sobre conflictos jurídicos; por consiguiente en el derecho abstracto de HEGEL faltan la instancia que juzga y la instancia para hacer respetar las pretensiones[70]. Este derecho al otorgamiento de Justicia, que en el campo del Derecho procesal penal se corresponde con el principio de legalidad, encuentra su garantía jurídico-penal principalmente en los preceptos contra la prevaricación (§ 336 StGB) y contra el favorecimiento por parte de funcionarios [de encausados en proceso penal, favorecimiento que frusta la ejecución penal, etc.] (§ 258.*a* StGB).

Ya un simple vistazo a estos preceptos muestra que tal y como se ha tratado aquí la «obligación originaria», apenas es de esperar cosa distinta respecto al «fundamento jurídico especial», puesto que ambas resultan de igual manera de instituciones sociales irrenunciables: De igual forma que los deberes que surgen de una competencia organizacional no se quebrantan sólo mediante infracciones de prohibiciones, así tampoco un «fundamento jurídico especial» origina solamente mandatos. No sólo (aunque también[71]) prevarica, el juez que no atiende un litigio pendiente y no sólo lleva a cabo el delito de favorecimiento, el fiscal que no persigue a un delincuente, sino de la misma manera, el juez que activamente dicta una sentencia injusta, y el fiscal que activamente consigue el levantamiento de la orden de prisión contra un delincuente por medio de fundamentos fraudulentos.

Los delitos de los que se está hablando, llamados delitos de infracción de deber[72], se caracterizan precisamente porque el autor no determina mediante una organización libre la exten-

---

[70] Ambas van más allá del status negativo; de todas formas pertenecen, al menos según su forma, al derecho abstracto, porque son condición de toda Sociedad concreta, en tanto en cuanto ésta conozca el Derecho.

[71] BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts,* 2.º tomo, 2.ª partición, 1905, pág. 561; SPENDEL, en JESCHECK y otros (ed.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar,* 10.ª ed., 1988, § 336 nota marg. 54.

[72] Expuestos por primera vez por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft,* 1963 (6.ª ed. 1994), págs. 352 y ss.

sión de sus deberes, sino que éstos le son adjudicados como consecuencia del *status* que ostenta dentro de la institución de que se trate, por ejemplo la Justicia[73]: El autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz.

No pueden nombrarse aquí todos los deberes genuinamente estatales que son desempeñados por los titulares de una función pública del Estado, pero sí debe mencionarse que el Estado tiene el cometido de cuidar de la seguridad interior y exterior, y en verdad, no sólo a causa de la organización de un monopolio de coacción, por así decirlo, a modo de sinalagma, sino en virtud de la autodefinición del Estado: si el Estado deshace el monopolio, se deshace a sí mismo. Además, un Estado de Derecho tienen que garantizar la sujeción a la ley de la Administración; un Estado de prestaciones, al menos la asistencia fundamental[74]; el Estado de una Sociedad saturada por la técnica tiene que tener consideración por el medio ambiente.

C) *Relaciones paterno-filiales; confianza especial*

En aquellos deberes que conciernen al ciudadano no como titular de una función pública representando al Estado, sino inmediatamente como titular de un *status* dentro de una institución, a saber, como madre o padre, como cónyuge, etc., la problemática se presenta más complicada que en los deberes genuinamente estatales —esto es, en los provinientes de la institución «Estado»—. En este terreno todo es discutido. Por lo menos en las consecuencias —que no en la fundamentación— reina unanimidad sobre el deber de los padres de cuidado completo de sus hijos[75] (en caso de hijos extramatrinoniales

---

[73] Por ello tampoco se puede diferenciar en esta clase de delitos entre las diferentes formas de intervención; ROXIN (nota 72), págs. 352 y ss., 459 y ss.; JAKOBS (nota 51), 21/115 y ss. Respecto del significado que adquiere esta consecuencia para la comisión, véase infra la nota 77 (y allí, lo referido en el apartado a).

[74] Respecto de los pormenores y otras referencias, véase JAKOBS (nota 51), 29/74 y ss.

[75] Así, incluso GALLAS (nota 52), pág. 92, que ha sido el que ha desarro-

sólo para la madre), deber que, de nuevo, incluye tanto prohibiciones como mandatos. Sin embargo, más alla de este prototipo de relación ordenada a un mundo en común —relación positiva—, cesa la seguridad. Los deberes derivados de una unión matrimonial, que todavía hasta hace una generación resultaban en cierta medida evidentes, han perdido su seguridad desde que el matrimonio con aprobación del Derecho es entendido como un lazo resoluble —si bien respetando unos plazos—. Pero por otra parte, a la hora de fundamentar el deber resulta totalmente equivocado, como ya se indicó, querer sustituir el vínculo matrimonial por el vínculo de la «estrecha comunidad de vida»: Comunidades de vida pueden resultar útiles en tanto ofrecen a las personas un refugio social, pero puesto que no gozan de impronta jurídica sino que pueden organizarse al libre arbitrio, no contribuyen por ello en nada a una determinada identidad social (y aunque, en efecto, la libertad de arbitrio determina identidad, esta libertad de arbitrio, como tal, pertenece ya a la competencia por organización).

A pesar de lo dicho no queda excluido que con independencia de la existencia de matrimonio o de comunidad de vida, se proteja penalmente en determinados casos la confianza en la constancia de los roles, es decir, prohibir un *venire contra factum proprium,* por lo menos cuando éste se produce inoportunamente, lo que a la vez significa, mandar un comportamiento conforme al rol[76]. Así, por ejemplo, el cuerpo de bomberos voluntario de un pueblo, que con anterioridad ha

---

llado la concepción más significativa de una teoría de los deberes penales centrada tan sólo en la organización.

[76] JAKOBS (nota 51), 29/67 y ss.; este instituto ha sido rara vez desarrollado por la doctrina, siendo en cambio tratado en el marco de institutos afines (asunción, «estrechas comunidades de vida»).

ISENSEE (Bonn) preguntó en la discusión, si el matrimonio, entonces, genera al menos deberes en tanto tenga vigencia. Si por vigencia se trata sólo del vínculo formal, debería negarse que genere deberes. Hablando en términos ejemplificativos: Cónyuges, que han tomado hace tiempo caminos separados, difícilmente van a poder invocar, en caso de necesidad, la relación —que ya no es vivida por ellos y por tanto es tan sólo formal—. Sin embargo, en tanto la forma sea cumplimentada, la comunidad de vida (Sich-auf-einander-Einlassen) produce deberes, sin que a este respecto haya que estarse a lo formal.

sido establecido y se contaba con él, no puede abandonar su rol auxiliador precisamente cuando hay un fuego, y en verdad, independientemente de si otra medida antiincendios hubiese sido instalada aun sin su comportamiento (esto es, incluso en el caso de que no exista responsabilidad en virtud de asunción —organización—). Según esto, un médico tiene también que tratar a aquellos pacientes que ya ha atendido, y como se acaba de decir, sin importar si los pacientes hubieran tenido la posibilidad de haber sido tratados por otro médico. Que los pormenores dentro de esta «confianza especial» y de otros «fundamentos jurídicos especiales» sean fuertemente controvertidos, no debería sorprender: En una Sociedad de características individualistas y hedonistas quedan eclipsadas todas las instituciones sociales más allá de la competencia por organización (como status negativo) y más allá de la competencia del Estado.

Con toda su vagedad parece que este vistazo a los «fundamentos especiales» es suficiente para exponer las particularidades del status positivo frente al negativo, y a la vez, para mostrar que las particularidades no tienen en absoluto que ver con una separación entre acciones y omisiones. Con ello resulta probado que esta separación, tanto en las relaciones positivas como en las negativas, atañe tan sólo a la técnica con la que un obligado tiene que cumplir con sus deberes, esto es, a cuestiones absolutamente secundarias. Las preguntas fundamentales: ¿Qué hay que adjudicar a la propia organización y qué a la de los demás? y ¿qué institución genera deberes de configuración de un mundo en común asegurados penalmente?, no dependen de la separación entre acción y omisión, afectan antes bien a ambas, y la forma de la norma —prohibición o mandato— depende de la casual conformación de la organización del destinatario.

III. LA UNIFORMIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN Y DELIMITACIÓN DE PROHIBICIONES Y MANDATOS

Tanto respecto de la acción como de la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo «fundamento jurídico especial», esto es, en definitiva, de la misma

institución irrenunciable; por ello, se debe afirmar una completa congruencia[77] de la responsabilidad por acción con la de

[77] No se trata de una semajanza mayor o menor, sino de una identidad total de la fundamentación de la responsabilidad. Esto hay que aclararlo en algunas cuestiones límite:

(a) En tanto se trate de deberes de establecimiento de un mundo en común —al menos, parcial—, esto es, de una relación positiva, el deber concierne siempre de forma altamente personal y no, por ejemplo, mediante la división de trabajo con los demás; la lesión del deber conduce por ello a responsabilidad en calidad de autor («delitos de infracción de deber», véase nota 72). Sólo puede haber participación del especialmente obligado, incluso en casos en que falte el dominio del hecho, cuando falta una característica de la autoría requerida por el tipo. En consecuencia, hay que tratar igualmente como delitos de infracción de deber también a los delitos comunes (Jedermannsdelikte) que sean cometidos por un obligado —en el sentido aquí referido—: El obligado actúa como autor —incluso aunque no tenga el dominio del hecho—, y en verdad tanto en la omisión como en la acción. Hablando en términos ejemplificativos: El padre que no impide un homicidio sobre su hijo responde como autor, y de la misma manera responde, cuando presta ayuda al homicida (JAKOBS [nota 51], 21/118). Desde luego que sería extraño, que el deber de cuidar el patrimonio conduzca a la autoría siempre que exista un ataque (§ 266 StGB), pero no el deber de cuidar de una persona.

(b) En el campo de la competencia por organización, esto es, de la relación negativa, los deberes de aseguramiento se corresponden con los casos base de acción, como se expuso supra. La extensión a deberes de salvamento en las omisiones encuentra su contrapartida en el campo de la acción, en la prohibición de realizar una actividad en sí permitida, por cuanto el motivo de la prohibición —como del mandato en el campo de la omisión— puede ser sobre todo un comportamiento previo. De nuevo hablando en términos ejemplificativos: Si alguien empuja a una persona anciana tan desconsideradamente, que ésta va a caerse, el que propinó el empujón no debe retirar la mano (¡prohibición!) a la que la víctima intenta agarrarse, del mismo modo que debería tender la mano, cuando ésta, por su situación, no pudiera ser alcanzada por la persona anciana por sí misma. Ambas formas de comportamiento, retirar la mano y no tenderla, conducen a un delito de lesión —si se retira o no se tiende, respectivamente—, y ello, a pesar de que todo no-interviniente tiene que mantener o configurar su organización sólo en el marco de los deberes en virtud de la «omisión» del deber de socorro en favor de la víctima. La controversia sobre los límites de la responsabilidad por ingerencia es pues también una controversia sobre la responsabilidad de la comisión.

También mediante asunción se puede ampliar el marco de las prohibiciones. Una vez más, ejemplificativamente: Quien ha asumido vigilar el peligroso perro de su vecino, no debe abrir la puerta de su casa (¡prohibición!), si es que el animal se puede escapar, y ello, a pesar de que sin la asunción, por ejemplo porque el animal se ha perdido y ha entrado en la

la omisión[78]. De la misma manera que se puede poner en movimiento un suceso que es riesgoso pero permitido, no habrá que revocarlo, aun en el caso de que sin la propia intervención el suceso amenace con salir del propio ámbito de organización. O bien: Si la víctima a causa de su predisposición tiene que arreglárselas con una determinada configuración de su entorno, esto es, tiene que aceptar los daños como un infortunio, lo mismo da que otro origine esa configuración activamente o que omita modificarla: en todo caso, no responde. O bien: Quien en virtud de un «fundamento jurídico especial» tiene que ayudar a otro con los medios de su propia organización, no debe interrumpir activamente esos medios, a

---

casa, podría abrirla a su gusto —a lo sumo limitado por la norma contra la «omisión» del deber de socorro—.

Respecto a toda esta problemática, consúltese JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Bogotá 1994, págs. 20 y ss., 32 y ss.

[78] FREUND (nota 51), págs. 51 y ss., 88 y ss.; TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, págs. 171 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, págs. 354 y ss., 358 y ss., véase sin embargo también, págs. 373 y ss.; JAKOBS (nota 51), 7/71. Crítico, SCHÜNEMANN en *Dogmatik* (nota 64), págs. 49 y ss., 50 y ss. (respecto a FREUND y JAKOBS), 58 y ss. (respecto a VOGEL).

En la discusión, ISENSEE (Bonn) hizo alusión al diferente tratamiento que reciben la huelga (que es «según su noción: omisión del trabajo») del boicot activo. El ejemplo debería ser clarificador en especial a causa de los límites de «la noción de la huelga»: Mediante la no prestación de trabajo —también cuando el comportamiento sea contrario a un deber de trabajo— retornan las personas (los grupos de personas) a una pura relación negativa, en caso de que sólo se quiebre el rol de contratante. Sin embargo, en tanto la protección de bienes pertenezca al rol, la huelga es ilícita; en efecto, si no se verían perjudicadas no sólo las oportunidades, sino también la existencia del empresario. Ejemplo: Ningún chófer puede comenzar con una huelga, cuando él ha arrancado su vehículo (él tiene que hacer algo, si es que se quiere comportar dentro de la legalidad: parar); en todo caso, trabajos de necesaria existencia (calefacción, vigilancia) son así excluidos de la huelga, al igual que la huelga es imposible en actividades que han sido asumidas y que son genuinamente de necesaria existencia (servicios de urgencia), puesto que supondría un mero retorno al estado de personas aisladas. De acuerdo con esto, la jurisprudencia valora como violencia una huelga que es incompatible con la legitimidad de las relaciones entre personas («estados caóticos» mediante «huelga de masas y general») (BGH 8, págs. 102 y ss. [Tribunal Supremo Federal Alemán]). En consecuencia lo decisivo también en la huelga no es el omitir, *per se*, sino el alcance de la competencia de quien omita.

pesar de que toda tercera persona podría impedir, que alguien se abastezca de sus ayudas [de las del tercero]; así pues, que quien tiene que alimentar a un hambriento en virtud de un fundamento jurídico especial, no pueda guardar la panera bajo llave o que deba facilitar activamente la panera que está guardada bajo llave, no es una cuestión del fundamento del deber, sino del casual *statu quo* del mundo exterior.

Para terminar aclararé todavía las consecuencias de esta congruencia, de la mano de tres casos importantes para la práctica; son tres supuestos en conjunto controvertidos y hasta cierto punto actuales, bien por sí mismos, bien precisamente por las consecuencias que se extraen de ellos:

Primero: Si un paciente tiene esperanzas de vida tan sumamente reducidas, sobre todo asimismo, por lo que respecta a la clase de vida que le queda, el médico que le está tratando no se encuentra obligado a iniciar medidas de medicina intensiva, por ejemplo con ayuda de un aparato corazón-pulmón o de un respirador. ¿Puede en tal situación interrumpir activamente las medidas anteriormente iniciadas? La decisión depende, de a qué ámbito de organización pertenezca el tratamiento intensivo. Si se trata del ámbito del paciente, es seguro que el médico no tiene ningún derecho a predisponer aún más aquello que ya está organizado en forma propensa; en efecto, el contenido de una competencia por organización consiste precisamente en que no se pueden perturbar organizaciones ajenas. Así —y esto es indiscutible— ningún médico puede dejar fuera de servicio un marcapasos implantado, una válvula cardíaca, o una prótesis articular. De todas formas, una asignación del tratamiento al ámbito de organización del paciente entra en consideración tan sólo para aquellos aparatos que —al menos por un cierto tiempo— puedan ser usados por el paciente independientemente del médico, de tal manera que este último pueda ser excluido de la organización del aparato. Pero éste no es precisamente el caso en supuestos de medidas de medicina intensiva; en tanto éstas se desarrollan por algún tiempo automáticamente, es cierto que el médico no tiene continuamente que actuar, pero el paciente tampoco puede organizar por su parte, con independencia del médico; antes bien, toda organización necesaria, incluido el control permanente, incumbe evidentemente al médico y a sus ayudantes. Se trata pues del

ámbito de organización del médico, y no hayándose éste obligado a una organización de ayuda —debido a la situación del paciente—, es irrelevante cómo sea el estado interno del ámbito de organización. Es algo meramente casual, si una actividad es inminente [necesaria] o si el automatismo del aparato todavía funciona. Cómo ha de ser cuidado un paciente, sin embargo, no depende de casualidades; así pues, el médico[79] puede detener activamente una medida iniciada, si es que él no hubiese tenido que iniciarla, en caso de que tal medida no marchase ya de manera automática.

La decisión es muy controvertida[80]. En tanto el resultado también aquí obtenido se defiende con los argumentos de que los aparatos serían una *longa manus* del médico y por tanto se trataría de una omisión cuando se pone fin a su funcionamiento, o bien, de que se trataría «valorativamente» de una omisión, nos hallamos, en el mejor de los casos, ante imágenes simbólicas e intuiciones, con cuya ayuda es insinuada la dirección, que no el camino, para una solución. Teniendo en cuenta, que tanto la acción como la omisión, esto es, *ambas* son organizaciones y que por ello el fundamento del deber respectivo es idéntico[81], tales vagedades se vuelven superfluas.

El *segundo* caso a citar es sólo una —grotesca— variante del primero: THOMSON[82] ha bosquejado, en el marco del debate sobre el aborto, el siguiente escenario —entre tanto, muy

---

[79] Respecto a la interrupción del tratamiento por parte de parientes con consentimiento (presunto) del paciente, y por parte de terceras personas no autorizadas, consúltense las referencias en JAKOBS (nota 51), 7/nota 111.

[80] Referencias en HIRSCH, en KÜPER y otros (ed.), *Festschrift für Lackner,* 1987, págs. 597 y ss., 605 y ss.; KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik,* 1990, págs. 81 y s.; JAKOBS (nota 51), 7/64 con not. 110; véase también BIRNBACHER (nota 21), S. 337 ff.

[81] El fundamento del deber en el mandato se corresponde con la imputabilidad objetiva en la prohibición (en contra, por todos, HIRSCH y KÜPPER [nota 80], «problema especial», «particularidad»). Por ello, también es posible el homicidio a petición por omisión; JAKOBS en SCHÜTZ y otros (ed.), *Festschrift für Schewe,* 1991, págs. 72 y ss.

[82] En LEIST (ed.), *Um Leben und Tod,* 1990, págs. 107 y ss., 108 y ss.; una primera versión en *Philosophy and Public Affairs 1* (Princeton, 1971), págs. 47 y ss., 48 y ss.; más literatura en BERNSMANN, *JuS* 1994, págs. 9 y ss. nota 6; véase también STEINVORTH, *Klassische und moderne Ethik,* 1990, págs. 180 y ss.; desde una perspectiva jurídica, últimamente, UNBERATH en

discutido—: una persona sana se encuentra contra su voluntad unida corporalmente a una persona enferma —en el ejemplo: un genial violinista—; la unión es tal que, por un lado, aquélla mantiene las funciones corporales de la persona enferma, que por su parte tampoco quiso esta unión, y, por otro, se causaría la muerte del enfermo si el sano produce la separación. La persona enferma vive por tanto de la unión con el sano, que, por su parte, ha quedado reducido a la vida de un organismo de abastecimiento. El ejemplo muestra de forma tajante cómo una prohibición, a saber, la prohibición de la separación de uniones, consistiría en un deber de solidaridad, y por ello, tal prohibición no se puede fundamentar partiendo de un planteamiento liberal, exactamente igual que tampoco se podría fundamentar desde el mencionado planteamiento un deber de prestarse a una unión todavía por disponer —en todo caso, no sería fundamentable bajo la pena como reo del homicidio de la persona enferma—.

Otra cuestión distinta, es lo que da de sí este ejemplo para la prohibición del aborto. El ejemplo trataría de demostrar que a la «obligación originaria» de una mujer embarazada no pertenece la toma en consideración de su feto. Pero seguro que el punto de vista de que el feto vive a costa de la organización de la embarazada, es sólo *un* punto de vista de entre los posibles, igual que lo es el tradicional de que la embarazada —por lo menos, tras relaciones sexuales libres— ha perdido con el embarazo parte de su organización en favor del feto; e incluso en el caso de que el punto de vista mencionado en primer lugar fuese determinante, no se habría resuelto nada respecto a si existe un «fundamento jurídico especial» que obligue a la prestación (¿«maternidad»?). El ejemplo enseña pues sólo una cosa, pero esto, en todo caso, de forma clara: En una concepción liberal una acción fácticamente dañina no tiene porque ser siempre contraria a una prohibición de lesión[83].

BYRD y otros (ed.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, t. 3.º (1995), págs. 437 y ss.

[83] Puesto que falta —más allá de lo meramente externo— una diferencia entre el tratamiento jurídico-penal de la acción y el de la omisión, no se puede lograr tampoco aquí una comprensión del problema mediante un cambio de perspectiva de una configuración del comportamiento a la otra (*de otro punto de vista*, con la opción de la omisión en los supuestos de

El *tercer* caso se refiere al supuesto del autor de conciencia que, por ejemplo, es responsable de la muerte de otro Hombre. Se afirma que para medir su culpabilidad habría que distinguir entre acción y omisión. El omitir sería más bien disculpable o desde luego produciría una aminoración de la culpabilidad de mayor intensidad que la acción[84]; a este respecto, un argumento tomado de la sociología reza que la Sociedad puede adaptarse mejor al «desmoronamiento de prestaciones» que a una «acción antijurídica agresiva»[85] (lo que podría trasladarse a la totalidad de los casos con problemas de exigibilidad[86]). En efecto, puede que la Sociedad se las arregle mejor con un padre perteneciente a una secta que no lleve a su hijo al hospital cuando éste es alcanzado por un rayo, por creer que se trata de una decisión divina, lo cual significa su muerte segura, que cuando el padre mata sin más al niño estigmatizado; sin embargo, con una comparación de ambos casos no se puede probar nada porque en el caso de la omisión el padre quebranta el deber que pertenece a las relaciones paterno-filiales, mientras que en el supuesto de la acción, en cambio, quebranta tanto ese deber como el deber común (Jedermannspflicht) en virtud de una competencia por organización, y este último es resistente contra reblandecimientos mediante la toma en cuenta de motivos de conciencia: Quien no toma al

---

aborto, Bernsmann [nota 82], pág. 13). La problemática tampoco es descrita en su totalidad mendiante la contraposición, por una parte, de una «simply omission of an action» o «an omission of maternal support», y por otra, de una «deliberate action taken against the life of the umborn child» (así, sin embargo, Barry, *Medical Ethics Essays on Abortion and Euthanasia,* New York, 1989, págs. 40, 46, y *passim;* en sentido parecido, Finnis en *Philosophy and Public Affairs 2,* Princeton, 1972, págs. 117 y ss., 124, con la difereciación entre «not keeping another person alive» y «direct killing»). Entremedias se encuentra la *actividad*, a la que parece referirse Thomson, la cual hay que entenderla como organización interna autorizada, y por cuyos resultados externos no hay pues que responder, antes bien hay que adjudicarlos a otros motivos de aclaración, aquí: la predisposición de la víctima.

[84] Schulte y Träger en Krüper-Nieland (ed.), *25 Jahre Bundesgerichtshof,* 1975, págs. 251 y ss., 263 y ss.; Peters, en Geerds y otros (ed.), *Festschrift für H. Mayer,* 1966, págs. 257 y ss., 274 y ss.

[85] Luhmann, *AöR* 90, págs. 257 y ss., 282 y ss.

[86] Así, Hirsch, en Jähnke y otros (ed.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar,* 11.ª ed., 16.ª entrega, 1994, nota marg. 205 previa al § 32, con más referencias.

otro en cuenta ni tan siquiera como Persona, por los motivos que sean —pueden ser motivos de conciencia—, niega las condiciones elementales de la vida en Sociedad, y una Sociedad que premiase tendencias subjetivas a comportarse así, aunque sea tratándolas de forma indulgente, se autoliquidaría. La competencia en virtud de una organización —la relación negativa— como base sencillamente de toda constitución jurídica no puede tolerar tampoco pues respecto de las omisiones tomar en consideración motivos de conciencia. Un automovilista tiene que frenar si es que es necesario, y un motivo de conciencia —en vez de frenar, dedicarse inmóvil por ejemplo a rezar— no puede conllevar aminoración de la culpabilidad por ser un claro *venire contra factum proprium* —el automovilista ha puesto el coche previamente en marcha—[87].

Pero también en los deberes que van más allá de una relación negativa, los deberes institucionales —relación positiva—, una aminoración en los supuestos básicos queda excluida. Las instituciones pertinentes son socialmente irrenunciables y por ello no pueden existir motivos relevantes socialmente en contra de su configuración esencial. Así, en el ejemplo mencionado anteriormente, seguro que no habría que exculpar al padre, si deja de alimentar a su hijo después de ser alcanzado por el rayo; de igual manera, los padres que piensan por razones de conciencia que no responden al no prestar absolutamente ninguna atención médica a sus hijos, ya no desempeñan el rol de «padres», niegan por tanto en el fondo la institución y únicamente por ello no pueden encontrar indulgencia[88]. Solamente cuando la incompatibilidad entre las razones de conciencia y la institución, afecta a sus casos marginales, esto es, cuando el rol que pertenece a esa institución se cumpla en lo esencial, se puede argumentar —puesto que el

---

[87] Cuando el origen de la decisión de conciencia puede transferirse a otra persona, *esto* puede suponer un motivo de exculpación; sobre esto, JAKOBS (nota 51), 20/25.

[88] A la mencionada (nota 87) transferencia por razón de la competencia de otro a causa del origen del conflicto, hay que agregar aquí la actuación a propio riesgo: Quien se casa con alguien, que considera que toda medicina convencional es obra del diablo, ciertamente no podrá exigir con total firmeza jurídico-penal, que aquél en caso de necesidad procure ayuda de la medicina convencional.

Derecho se beneficia de la existencia estable de normas «del fuero interno»— que él puede aceptar fallos concretos en la construcción de estas normas del fuero interno como un fallo inevitable, *quasi* como el resultado desgraciado de un riesgo permitido inevitable cuando se produce la interiorización del Derecho[89].

El tratamiento equivalente de acción y omisión, que resulta imprescindible también aquí, puede ser aclarado, si se construye el caso antes mencionado, de tal forma que una acción le esté prohibida al padre sólo a causa de su rol especial: la acción se halla de tal manera configurada que para cualquiera estaría permitido (o la menos, no prohibido bajo pena de homicidio), mientras que precisamente en la persona del padre se encuentra prohibido a causa del «fundamento jurídico especial». Se tiene que imaginar una acción socialmente adecuada en su totalidad, que cualquiera también en esa situación podría emprender, y que sólo para el especialmente obligado está prohibida; dos ejemplos: el habitual cerrar con llave la puerta de la casa, lo que supone, que se hace imposible una llamada de socorro exitosa de una tercera persona; o bien, el encargo hecho a un empleado para que realice una determinada tarea, motivo por el cual el empleado no se entera de un accidente y por consiguiente tampoco por su parte puede llevar a cabo un comportamiento salvador, cosa que sin el encargo seguro que hubiese podido realizar. Tales configuraciones de casos pueden parecer rebuscadas, pero en cualquier caso en las mencionadas actividades no se puede ya encontrar diferencia alguna con la omisión[90]; especialmente estaría fuera de lugar contraponer tal acción a modo de «comportamiento agresivo» frente a una omisión (¿pacífica, a pesar de ser contraria al deber?)[91]. De forma análoga sucede cuando alguien que está obligado contra su conciencia a realizar el servicio militar, por un lado abandona la tropa, o por otro, no regresa a la misma después de las vacaciones; o bien, cuando una

---

[89] JAKOBS (nota 51), 20/24.

[90] En las conclusiones, en lo esencial como aquí RUDOLPHI en STRATENWERTH y otros (ed.), *Festschrift für Welzel,* 1974, págs. 605 y ss., 628 y ss.; probablemente también así, ROXIN en Arthur KAUFMANN y otros (ed.), *Festschrift für Maihofer,* 1988, págs. 389 y ss., 393 y ss.

[91] Véase supra nota 85.

enfermera a súplicas de un paciente lleno de sufrimientos —pero, puesto que es por deseo del paciente, sin dañar su personalidad— ora abre una ventana de modo que el frío mata al paciente, ora no vuelve a cerrar pronto la ventana que había sido abierta para una breve ventilación. Puesto que los motivos del deber son idénticos, idéntica es también la consecuencia jurídica de la situación de conciencia del comportamiento; en otras palabras, los límites determinantes transcurren de nuevo no entre acción y omisión, sino por una parte, entre aquellos comportamientos de conciencia que en lo esencial respetan la personalidad, y por otra parte, su falta de respeto en lo esencial.

En consecuencia, el trabajo, la actividad, ha perdido su lugar como criterio clave de la teoría de la imputación jurídico-penal, de igual modo que el perceptible *corpus delicti* retrocedió desde hace tiempo ante la ejecución típica abstracta; y el corte que separa las normas liberales de las iliberales divide, no acción y omisión, sino que transcurre tanto a traves de la acción como de la omisión. Bien es cierto que la preferencia de la prohibición por parte de KANT, FRIES, FEUERBACH y HEGEL (en el derecho abstracto) sigue teniendo repercusiones en la actualidad, como muestra la afanosa búsqueda por no pocos autores de una similitud naturalista de la omisión con la acción, pero soluciones sistemáticas no pueden ser obtenidas así. El criterio clave es la «competencia»[92], el «ser-competente», ya sea competencia a consecuencia de un status negativo

---

[92] Se trata pues de un principio *normativo*; por ello no puede lograrse una solución en tanto acción y omisión por principio sean equiparados y entonces sean ponderados según criterios naturalistas (entre otros criterios, el «poder amenazador», BIRNBACHER, nota 21, o el «coste para el actor», *ibíd.* págs. 133 y ss.). En un mundo vacio normativamente, no hay ni responsabilidad por acción ni por omisión, siendo por ello irrelevante el «poder amenazador» o el «coste». Con un orden normativo queda establecido, que *debe* tenerse por amenazador o por costoso.

En la discusión, preguntó W. LÜBBE (Konstanz) por la diferencia entre el enfoque aquí mantenido y un planteamiento teórico-equivalente. Este último se basaría en la «irrelevancia moral de la diferencia [de la acción y de la omisión]» y llegaría así a un «igual tratamiento práctico de imputación de las cosecuencias de la acción y las de la omisión», por ejemplo un homicidio activo y un dejar-morir. Si no se quisiera seguir este punto de vista, quedaría tan sólo la posibilidad de recurrir a la diferencia de actividad y pasividad, que quizá se podría justificar —prosiguió LÜBBE— porque «una

—el deber de no dañar a los demás—, ya sea a consecuencia de un status positivo —el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común—. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del —casual— *statu quo* existente. La configuración de la Sociedad[93], sin embargo, no se plasma en tales naturalismos

---

competencia por organización para cosas del mundo exterior más allá del propio cuerpo sólo [se adquiriere] mediante acción y no mediante omisión». Si bien esto podría tener vigencia «en rigor sólo para Sociedades liberales», y puesto que en éstas por lo menos «la relevancia de la diferenciación» ya se encontraría «en el planteamiento liberal», la diferencia no podría ser «superada» dentro de este planteamiento.

Con esto hay que estar de acuerdo, en tanto se trata aquí de exponer las consecuencias de un planteamiento liberal. No hay por principio alternativa a tal comienzo normativo; en efecto, por lo menos con *una* norma comienza ya la Sociedad. En un contexto de imputación es pues una equivalencia, determinada en forma naturalista, un dato insignificante. Otra cuestión que no ha sido tratada aquí es si alguien en una Sociedad constituida en forma liberal puede llegar a ser una Persona completa (creadora de consecuencias jurídicas) sin ninguna acción; en efecto, esto no podría suceder —incluso para el propio cuerpo como ámbito de organización de la Persona—, pero asimismo, y esto debe ser remarcado, tampoco sin omisiones. Quien revoca el significado de cada acción mediante otra acción (quien tira lo que ha trabajado), o quien actúa tan sólo descoordinadamente, se encuentra en la misma situación que aquel que no ha hecho absolutamente nada. No tiene porqué haber una acción al comienzo (y en verdad no, cuando una organización ya existente se convierte en automática, o en caso de herencia), aunque esto será lo que suceda en la mayoría de las ocasiones (en eso se basa la plausibilidad de la teoría del trabajo, véase nota 1). Pero incluso cuando esto fuera de otra forma, la acción no se encontraría en la práctica sin embargo conceptualmente al comienzo (normativamente no hay preferencia por la acción), y en este sentido además resultaría, que incluso en una Sociedad extremadamente liberal, esto es, una constitución social limitada a competencia por organización, todas las prohibiciones no serían legítimas ni todos los mandatos ilegítimos para aquellos que entonces —suponiendo: mediante acción— fuesen Personas.

[93] En la discusión reprocharon GROßFELD (Münster) la abstracción de la exposición realizada («La imagen del Hombre individual desaparece») y SIEP (Münster) la limitación a la «lógica interna» de un modelo social descuidando el «autoentendimiento humano» y la «representación del bienestar natural o precisamente del no-bienestar de los Hombres».

Pues bien, tales principios también pueden ser acogidos en una concepción funcional-social: Seguro que el modelo liberal dispone por ejemplo de una «imagen» de individualidad y de «bienestar o precisamente de no-bienestar», pero esto sencillamente, debe ser juridificado, transformado en

(acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (status negativo/status positivo).

---

normas que se dirigen a *Personas*, esto es, a portadores de roles. Sobre esto, en detalle, JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), págs. 843 y ss., 849 y ss., 859 y ss.

CAPÍTULO V
ACCIÓN Y OMISIÓN EN DERECHO PENAL *

Un delito que se comete a través de una actividad, a través de una acción, el llamado delito de comisión, fue desarrollado con exactitud en la dogmática penal mucho antes que el delito que el autor realiza de tal manera que él no hace nada. Como es claro, en una sociedad compleja las personas persiguen sus objetivos de tal modo que continuamente hacen algo u omiten algo de forma alternativa, lo cual se puede mostrar de manera óptima en el ejemplo de la conducción de un automóvil: se acelera o no se acelera, se gira a un lado o no se gira a un lado y lo que antes todavía era un hacer activo, por ejemplo dar gas, se ha convertido en una omisión en un coche moderno con un mecanismo automático de regulación de la velocidad. Ante esta situación se impone la sospecha de que toda la diferenciación entre acción y omisión hoy ya no sea especialmente importante. A mi juicio la sospecha es acertada e intentaré a continuación aportar algunas pruebas de ello.

I. Todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene *como mínimo* el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona. Para simplificar, y siguiendo el uso idiomático de la filosofía idealista alemana, en lo sucesivo denominaré la existencia de esta prohibición como una relación negativa, puesto que se trata de un no-dañar a otra persona; en cualquier caso debe quedar claro que esta relación negativa refleja por su parte una relación positiva, a saber, el reconocimiento del otro como persona[1]. Sólo aquello que se ha reconocido como persona —o como perteneciente a una persona— se eleva del

* Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Sanfiz, Universidad de Bonn. El presente trabajo fue objeto de una conferencia pronunciada en la Universidad Externado de Colombia en julio de 1999.

[1] HEGEL, *Rechtsphilosophie*, §§ 36, 38.

dominio de lo casual, de lo que puede ser modificado arbitrariamente.

Pero un ordenamiento social no tiene por qué limitarse a generar personas que no se perturben entre ellas, sino que puede contener también el deber de proporcionar ayuda a otra persona, de edificar con ella —de forma parcial— un mundo en común y, de esta forma, de asumir respecto a ella una relación positiva. Para ello un ejemplo: ciertamente no se define de forma suficiente a los padres a través del hecho de que no maten a sus hijos o de que ni siquiera los hieran. Además de esta prestación negativa los padres deben efectuar adicionalmente una positiva, a saber, educar al hijo y fomentar su desarrollo y, en este sentido, edificar con él un mundo en común. Una persona sin hijos no tiene tales deberes, sino que en su relación con niños está ligada de forma sólo-negativa: no puede dañar.

La diferencia entre deber negativo y deber positivo se puede encubrir si se atiende tan sólo a los derechos que corresponden a tales deberes, puesto que, en efecto, en cualquier caso se puede constatar que un derecho ha resultado dañado y que la posición del titular del mismo se tornó desfavorable[2]. Expresándolo con un ejemplo, se viola un derecho del niño no sólo cuando alguien le infringe un daño, sino también cuando los padres lo dejan abandonado. Pero, en realidad, únicamente se puede proceder de la forma recién descrita si ya se han fundamentado los deberes. Para la fundamentación, en cambio, hay que analizar la relación de las personas de manera más precisa: en los deberes negativos se trata de una situación de empeoramiento producida por el autor; si no existiera el autor, no le amenazaría ningún daño a la víctima. Por el contrario, en los deberes positivos el autor debe compensar además una situación propicia para la causación de daños existente con independencia de su comportamiento; aunque no existiese el autor, la víctima seguiría necesitando de igual manera ayuda. En el ejemplo acabado de citar no le hubiese sido de ayuda al niño que se encuentra solo, el hecho de que sus padres no existieran, distinto al caso de la causación de un

---

[2] KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 1997, pág. 210; WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen,* 1965, pág. 37.

daño mediante un golpe: al niño le hubiese sido de ayuda, claro está, el hecho de que el que golpea no existiese. Así pues, el deber negativo resulta algo evidente mientras se trate de un ordenamiento jurídico; el deber positivo, en cambio, no. Condición mínima de toda juridicidad (Rechtlichkeit) es, como ya se explicó, el reconocimiento del otro como persona. Contenido mínimo de este reconocimiento es a su vez la norma, el deber negativo, de no lesionar al otro, de no dañarlo, de dejarlo en su autonomía. En este carácter negativo se agota el derecho abstracto en HEGEL, lo cual sólo significa que la relación negativa es la condición mínima para que se dé el estado de juridicidad. Con ello no se excluye que en un estado de juridicidad desarrollado de acuerdo con su época también los deberes positivos, por ejemplo los deberes de los padres hacia los hijos, pertenezcan a los deberes jurídicos. Pero sobre el contenido de un Derecho que supere el nivel mínimo podrá discutirse la mayoría de las veces, mientras que el nivel mínimo sencillamente no puede discutirse.

A continuación desarrollaré la tesis de que la distinción entre deberes negativos y positivos no guarda relación con la distinción entre comisión (acción) y omisión, a pesar de que ésto se suponga no pocas veces y de que, según los ejemplos citados anteriormente, pudiese parecer evidente. El deber negativo tiene por contenido, como ya se dijo, no dañar a otro. Pero a una persona no sólo se la daña cuando se la ataca de forma activa, *sino asimismo cuando no se impide* que los propios medios de organización, dicho someramente, se hagan autónomos y amenacen con dañar a otro. A modo de ejemplo, se lesiona igualmente un deber negativo, esto es, un deber de no dañar, tanto si se azuza al propio perro contra alguien como si, por otra parte, no se le silba al animal agresivo para que regrese cuando éste ha pasado al ataque por su propia iniciativa. El deber de detener al animal no es ningún deber negativo de edificación de un mundo en común con el agredido, sino que es parte del deber negativo de cuidar de que el ámbito de organización propio, ya esté constituido éste por el cuerpo o por otros medios de organización, no se encuentre en un estado tal, que pudiese dañar a otras personas. Por lo que respecta a la relación negativa, ésta no se compone meramente de prohibiciones de iniciar lesiones; muy por el contrario,

junto a estas prohibiciones existen mandatos de abstenerse de gestar lesiones, cuando no de revocarlas. Nuevamente a modo de ejemplo: quien deja que su automóvil ruede despacio hacia una persona que se encuentra cruzando la calle, cumple el deber de no dañar siempre y cuando no acelere; en cambio, quien deja que su automóvil ruede deprisa, tiene que frenar, esto es, actuar. En cualquier caso, tiene que ocuparse de que su organización no resulte dañosa para otros. Pero, ¿por qué está obligado a ello? ¿No puede argüir que es tarea del peatón o de la policía cuidar de que la conducción de su automóvil (la del que atropelló) sea inocua? Ciertamente, él *no* puede alegar esto, porque entonces el peatón o el policía tendrían el derecho a organizar *su* conducción (la del que atropelló), lo cual significaría en la práctica que se le impediría conducir, es decir, que no se le reconocería —al menos en lo referente a la conducción de vehículos— como persona. En cambio, si ha de ser considerado como persona también cuando conduzca, es *él mismo* quien tiene que ocuparse de la inocuidad. En otras palabras, quien pretenda gozar de libertad de organizar, tiene que hacerse responsable de las consecuencias de su organización; el que quiera excluir las consecuencias, tiene que dejar que sus asuntos sean administrados por terceros, no puede, por tanto, ser persona. Este nexo entre la libertad de organizar y la responsabilidad por las consecuencias no se puede explicar con la delimitación de las prohibiciones respecto de los mandatos o con la de la acción respecto de la omisión. Antes bien, los deberes negativos, ya se basen pues en prohibiciones o en mandatos, constituyen el sinalagma de la libertad de organización de la persona.

De forma análoga, la relación positiva no se compone tan sólo de mandatos sino también de prohibiciones. Así, por ejemplo, se pueden mencionar las prohibiciones que atañen a todo destinatario de un mandato, a saber, la prohibición de arrebatarse a sí mismo mediante una acción positiva la capacidad de cumplir con el deber; así, el médico que tiene que operar no puede embriagarse. Además, a causa de la obligación positiva, conciernen una vez más al positivamente obligado la totalidad de las prohibiciones del ámbito negativo; de nuevo con un ejemplo: los padres no pueden matar a su hijo, en primer lugar, porque el niño es una persona, en segundo,

porque ellos son los padres. Finalmente puede que sólo sea razonable dirigir una prohibición a obligados especialmente, puesto que el camino que conduce al resultado delictivo no es accesible para otros; así, sólo jueces pueden cometer prevaricación mediante la pronunciación de sentencias, es decir, mediante una acción, sólo administradores de bienes pueden cometer administración desleal extrayendo dinero de la caja, etc. La enumeración —sin pretensión de exhaustividad— de estos tres grupos de casos debe bastar para poder inferir que la relación positiva tampoco descansa en la delimitación de las prohibiciones respecto de los mandatos, ni en la de la omisión respecto de la acción.

Los delitos que resultan del ámbito de un deber positivo se llaman delitos de infracción de deber y sólo pueden ser cometidos por el titular de un determinado status, por una persona obligada precisamente de forma positiva. Estos delitos de infracción de deber se contraponen a los anteriormente aludidos, que resultan del quebrantamiento de una relación negativa y pueden ser cometidos por cualquiera. Deber positivo *versus* deber negativo, así reza la distinción que arraiga en la configuración social y que por ello resulta dogmáticamente determinante, mientras que la distinción entre acción y omisión, entre prohibición y mandato afecta tan sólo a meras características técnicas de la lesión del deber (o bien del cumplimiento del mismo) y a la manera en que tal deber es recogido en el tipo penal.

A causa de esta contraposición entre el deber negativo y el deber positivo se ha llamado a la teoría que aquí se defiende «dualista» [3]. Si bien esto es correcto, hay que recordar que no lo es menos que este dualismo no supone una amalgama afilosófica de partes heterogéneas, sino el desdoblamiento de un planteamiento absolutamente monista: el deber negativo es el reverso del reconocer-al-otro como persona, que —como se dijo— ha de llevarse a cabo positivamente; en otras palabras, el nexo libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias es una institución que determina la configura-

---

[3] VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, págs. 354 y ss.; en líneas generales VOGEL secunda la posición aquí sostenida.

ción de la sociedad al igual que, por ejemplo, la relación paterno-filial o el Estado de Derecho, etc.[4]

II. Los deberes negativos, esto es, los resultantes del nexo libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias, se encuentran en lo fundamental fuera de controversia cuando son entendidos como deberes de *aseguramiento.* El deber de aseguramiento más relevante es el *deber* general *de aseguramiento del tráfico.* Éste tiene como contenido que la zona de roce de la organización propia con la organización ajena debe estar configurada de forma socialmente adecuada. El supuesto habitual del delito de comisión es una lesión del deber que exige que sólo se produzcan movimientos motivados de forma socialmente adecuada, esto es, una lesión del deber de aseguramiento del tráfico. A modo de ejemplo, el que mata a golpes a otro, lesiona el deber de aseguramiento del tráfico que toda persona tiene sobre su psique y su cuerpo[5]. El deber de aseguramiento del tráfico como posición de garante se extiende en el ámbito de los delitos de omisión desde el deber de controlar el propio cuerpo, pasando por los deberes de control de las máquinas que se usen, los automóviles, viviendas, animales, etc., hasta el deber de control de instalaciones fabriles, vías férreas, líneas de alta tensión y otros. Como ya se expuso, lesiona el deber negativo de mantener su organización en un estado no dañoso aquel que no silba a su perro para que vuelva, cuando éste ataca a otro. Lo relevante es siempre que la exclusión de otros del trato con determinados objetos y con ello de la propiedad en un sentido muy lato —propiedad como un supuesto más de libertad de organizar— trae como consecuencia necesaria que hay que cuidar de la inocuidad de la organización —no sólo de los actos de organización, sino también del status de la misma—.

Como siguiente deber negativo hay que mencionar el deber procedente de la *asunción (Übernahme),* el cual nace cuando se disminuyen las protecciones ya existentes que actúan en una organización ajena; el deber en virtud de asun-

---

[4] JAKOBS, *Strafrecht AT - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª ed., 1991, 29/57.

[5] Ver FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen,* 1992, págs. 68 y ss. y *passim.*

ción es el sinalagma de esa disminución de la seguridad ajena. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que se lleva a una persona de edad de la resguardada acera a una calzada muy frecuentada, o se promete que se va a avisar a un vehículo de salvamento que si no fuera por esa promesa habría sido avisado por otra persona, en el caso de la niñera, etc. El que organiza a otro mermas en su protección, debe compensar este deterioro con aportaciones propias. Puesto que el deber compensa el déficit de seguridad que se llevó a cabo fácticamente, es irrelevante cómo haya tenido lugar la asunción técnicamente; puede que haya que compensar el servicio de otra persona o de una máquina, o en general de la Naturaleza, en caso de que ésta hubiera sido la única efectiva. La efectividad hay que determinarla en el momento de la asunción; es necesario compensar la laguna que ha sido creada en ese momento, por cuanto cabe señalar que el «material de relleno» (el servicio a prestar conforme al deber) siempre es, lógicamente, de otra clase que el «material que ha sido disminuido», lo que de todas formas carece de importancia siempre que resulte equivalente.

Mucho más polémicos que los deberes de aseguramiento son los deberes negativos de *salvamento*, esto es, aquéllos en virtud de los cuales hay que retraer un curso dañoso que ya ha alcanzado una organización ajena. La controversia no atañe en realidad a la figura de la asunción, en donde, puesto que se trata de un unirse con una organización ajena, el hablar de aseguramiento o de salvamento es en la mayoría de los casos una cuestión de formulación, sino que atañe sobre todo a la llamada *ingerencia*, con la cual se hace referencia a que alguien introduce un peligro en un ámbito de organización ajeno. En tanto en cuanto la ingerencia genera deberes de aseguramiento, ésta es absorbida por los deberes de aseguramiento del tráfico ya tratados. Ejemplo: quien cava una zanja en una calle pública tiene que asegurarla; quien aumenta la velocidad de un automóvil tiene que moderar la velocidad en caso necesario, etc. Pero, y éste es el muy controvertido problema de la ingerencia, ¿qué sucede si la víctima ya cayó en la zanja o fue arrollada por el vehículo y ahora necesita ayuda? Pues bien, también en estos casos se sigue tratando del sinalagma libertad de organizar/responsabilidad por las conse-

cuencias. En efecto, si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que restablecer una configuración adecuada, y en verdad, no sólo en tanto en cuanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento). Explicándolo en sentido figurado: la herida de la víctima —a consecuencia del delito— pertenece a la organización del autor y éste repara esta usurpación curando la herida o tomando las medidas oportunas para su curación. Esto se puede formular también en la terminología de la figura de la asunción: quien lleva a otro a una situación de necesidad, tiene que ser tratado como si hubiese asumido la prestación de la ayuda.

Ahora bien, ¿cómo tiene que ser el comportamiento precedente para que dé lugar a deberes de salvamento? A diferencia de los deberes de aseguramiento, en los cuales en general sólo el titular de un ámbito de organización entra en consideración como competente, debido a que cualquier otra competencia menoscabaría la libertad de organización, los deberes de salvamento radican en una usurpación de la organización ajena, lo que significa que aunque se excluyese del salvamento al que actuó y el salvamento se llevase a efecto por terceras personas, no se estaría privando de competencia al que realizó el comportamiento precedente. A modo de ejemplo, si otra persona organiza mi manejo de un cuchillo, entonces ya no soy libre al manejar el cuchillo; pero si he acuchillado a una víctima y otro organiza su salvamento, no se me ha privado de competencia. Entre los que reconocen deberes como consecuencia de la teoría de la ingerencia reina unanimidad respecto a que en cualquier caso un comportamiento antijurídico origina este tipo de deberes. Nuevamente de forma ejemplificada: quien lesiona a otro en el tráfico rodado a consecuencia de un error al conducir un automóvil, tiene que ayudarle en la medida en que sea necesario. Pero los pilares firmes del pasado, en los que se apoyan quienes creen que tan *sólo* origina deberes el comportamiento precedente que es antijurídico, se tambalean entretanto considerablemente.

En mi opinión el ámbito de la ingerencia es reducido en demasía si nos centramos solamente en comportamientos

anteriores que sean antijurídicos. El sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede reconocer en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleve una responsabilidad objetiva. Así por ejemplo, en tanto el titular de un automóvil responda civilmente también por un accidente «sin culpa» y ni la víctima, ni un seguro general público tengan que cargar con los daños patrimoniales del accidente, resulta difícil negar que la conducción de vehículos de motor —aunque sea absolutamente habitual— es definida jurídicamente como un riesgo especial, como un comportamiento por medio de cuya realización uno se extralimita frente a los demás en cierta medida. El conductor (el que organiza para el titular del vehículo) se apropia por tanto de la libertad de un *riesgo especial* y por ello tiene que librar a los demás con su patrimonio de los resultados perjudiciales que tal especialidad supone[6].

A efectos aclaratorios hay que indicar de todas formas, que puede que un riesgo especial sea por su parte —*sit venia verbo*— «sobrepujado» por *la víctima* mediante un comportamiento contrario a sus obligaciones. Ejemplo: si una persona ebria —a consecuencia de su estado— cae de la acera delante de un vehículo conducido correctamente por su conductor, entonces ha hecho uso la víctima de *más* libertad especial que el conductor y por ello no se derivan deberes de salvamento para este último. Los pormenores tienen que ser dejados aquí de lado, pero en cualquier caso parece que la regla: «quien origina un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento» es más acertada que la regla del comportamiento precedente antijurídico. También la moderna responsabilidad penal por el producto se basa en la idea de riesgo especial: el abastecimiento permitido pero arriesgado del mercado con un nuevo producto obliga a la retirada del mismo cuando posteriormente se comprueba su carácter nocivo (BGHSt. 37, p. 117 y ss.).

Un ejemplo un tanto singular muy tratado en la doctrina,

---

[6] Detallado, FREUND, ob. cit., págs. 180 y ss.

evidencia también drásticamente que centrarse en la antijuridicidad del comportamiento precedente resulta inidóneo. Se trata de la aplicación del llamado estado de necesidad justificante. Si se incendia mi casa, puedo entrar rápidamente en el jardín del vecino para extraer agua de una espita situada en él siempre y cuando no esté a mi disposición otro material apto para la extinción del fuego. Si debido a ello el parterre del vecino resulta un poco dañado por el agua que se derrama, debo resarcirle, claro está, de los daños causados, pero a pesar de ello está permitido ir a buscar agua, ya que se evita un daño incomparablemente mayor, en concreto, la destrucción por el fuego de toda una casa. Obviamente debo cerrar la espita cuando se ha extinguido el incendio; sería ciertamente un extraño resultado que, mediante la remisión a la conformidad a derecho del hecho de abrir la espita, me pudiese exonerar de volver a cerrarla tras la extinción de la situación de peligro. La fórmula que reza, sólo el que se ha comportado antijurídicamente debe salvar en caso necesario, es evidentemente demasiado reducida. Se trata de la asunción de riesgos especiales, ya suceda esto mediante un comportamiento jurídico o bien también mediante un comportamiento antijurídico.

De todas formas, aunque se considere como correcto lo expuesto hasta ahora, quedan por responder algunas cuestiones; la primera es: si la diferencia entre acción y omisión es tan sólo de naturaleza técnica, ¿cuál es entonces el equivalente en el delito de comisión a las figuras de la asunción y de la ingerencia? La respuesta no es muy difícil de imaginar: se tiene que tratar de casos en los cuales a causa del acto de asunción o del comportamiento precedente se prohíba un comportamiento que en caso contrario estaría permitido. Un ejemplo referido a la asunción: todo el mundo puede apagar las luces de su automóvil cuando lo aparca definitivamente, siempre y cuando no haya asumido orientar a un nadador nocturno desde la orilla de un lago, en cuyo caso le está *prohibido* apagarlas. En los casos de ingerencia sucede lo mismo; un ejemplo basado en el anterior: un comerciante puede apagar por la noche la iluminación del escaparate aunque esté seguro de que algunos trasnochadores van a tropezar en la oscuridad en el accidentado pavimento, a no ser que él haya causado de forma antijurídica o, por lo demás, mediante la asunción de un

riesgo especial el mal estado del pavimento, en cuyo caso le está *prohibido* apagar la iluminación.

Sobre la diferencia tan sólo de contenido técnico entre la acción y la omisión aquí sostenida, la segunda cuestión reza: ¿dónde se encuentran pues los paralelismos respecto de la participación? Dejando de lado los pormenores, intentaré extraer una conclusión de los resultados hasta ahora obtenidos: teniendo en cuenta que nos hallamos ante un paralelismo entre acción y omisión, la conclusión es que la parte en el curso dañoso que le vincula con el ámbito de organización del omitente tiene que ser equivalente al acto de organización en la comisión. La complicidad mediante la entrega de un medio para la realización del hecho, por ejemplo de una pistola, equivale por tanto a la no revocación del medio, de todos modos por tanto complicidad; el hecho de sugerir planes para un delito equivale a no impedir la realización de los planes del delito, de todos modos por tanto inducción, y una multiplicidad de aportes que son suficientes para fundamentar una coautoría equivale a una multiplicidad de vínculos, pudiendo aportes y vínculos estar mezclados: quien da veneno de forma contraria al deber (acción) y no cierra la puerta con llave ante el autor —también de forma contraria al deber—, etc. (omisión) responde igual que quien no revoca el veneno (o los efectos del mismo) y abre la puerta al autor, etc., en cualquier caso por tanto coautoría. También respecto a este punto la diferencia entre acción y omisión atañe a una cuestión técnica y no a un aspecto substancial.

III. Me ocupo ahora de la lesión de deberes positivos. Se trata de deberes de establecer un mundo en común —al menos parcialmente— con un beneficiario. En los delitos correspondientes a estos deberes la autoría no se fundamenta en la organización, sino en la infracción del deber. Esto tiene como consecuencia que en estos delitos el obligado no puede ser partícipe. Y es que lo relevante en dichos delitos no es la organización —en la que varios pueden participar (división del trabajo)— sino la lesión de un deber, lesión que siempre se lleva a cabo de un modo personalísimo.

Nuevamente, lo decisivo no es la diferenciación entre comisión y omisión; carece por tanto de trascendencia si el deber de edificar un mundo en común se concreta en el man-

dato de ayudar activamente o en la prohibición de desbaratar las condiciones del mundo en común. El administrador de un patrimonio ajeno comete pues administración desleal en calidad de autor tanto si no exige de terceros no autorizados la devolución de la llave de la caja, como si él se la da, y el fiscal es de igual manera autor de un encubrimiento de funcionario [Begünstigung im Amt] tanto si deja que prescriba, de forma contraria a deber, el hecho penal de su amigo (omisión), como si sobresee el proceso en curso de forma igualmente contraria a deber (acción).

Ahora bien, también los delitos comunes pueden ser cometidos por personas que se encuentran obligadas positivamente en el sentido descrito, y entonces el delito común se convierte en delito de infracción de deber. Así por ejemplo, los padres se encuentran obligados positivamente respecto de sus hijos. Si no impiden que un asesino mate a su hijo o incluso le prestan ayuda, o si el padre no impide que la madre mate al hijo, no se trata sólo, por ejemplo, de participación —por omisión o por acción— en los actos de organización del homicidio, sino además de una lesión independiente del deber, esto es, de autoría.

¿Cuáles son pues los deberes positivos? Hay pocas cosas que sean más controvertidas que la respuesta a esta pregunta; a ello ya se aludió al principio. Incluso no es raro el intento de reconducir los deberes positivos a deberes negativos, de aceptar pues tan sólo comportamientos organizativos como fundamento de responsabilidad. El intento posiblemente más relevante en este sentido procede de GALLAS[7]. Pero no sólo resulta forzado el tratar de reconducir la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos a la cópula carnal (GALLAS se da cuenta de ello y acepta pues una inconsecuencia en su sistema), sino que también el concentrarse únicamente en la organización conduce, dicho en términos metafóricos, a una visión restringida: en efecto, la expectativa que ha de ser asegurada no se origina en numerosas ocasiones porque se haya organizado, sino que se dirige ante todo a la institución en cuyo marco se organiza. A modo de ejemplo: no se confía por regla general en un policía (porque haya organizado su incorpora-

---

[7] *Studien zum Unterlassungsdelikt,* 1989, págs. 67 y ss., 91 y ss.

ción al servicio), sino en la Policía; no se confía en el médico de una clínica, sino en la clínica, no en un juez, sino en la Justicia, etc. Y si se atiende a la incorporación del policía al servicio, del médico a la clínica y del juez a la Administración de Justicia, esto es, si se pone la mirada en el acto de organización que presuntamente es tan importante, no se pregunta de todas formas si había candidatos alternativos con, por lo menos, igual aptitud, de tal manera que, en resumidas cuentas, no se discute si existía una posibilidad efectiva de cumplimiento de la expectativa, posibilidad que pudiera ser asumida por el que se incorpora. En otras palabras, lo decisivo no es la organización «entrada en una institución» ni la «asunción autónoma... en sentido amplio»[8], sino que lo que decisivo es la configuración ya acuñada y anterior a la organización, de las instituciones «Policía», «clínica» o «Administración de Justicia».

La crítica, repetida una y otra vez desde KANT, de que el reconocimiento de deberes positivos como deberes jurídicos judicializaría la moral, no es acertada, puesto que las expectativas se dirigen en primer lugar a las instituciones y sólo a través de éstas, a su vez, a los cargos públicos: en efecto, no se exige de una persona aislada que se sacrifique por otra o acaso por la colectividad, sino que se trata de evitar que se abandone a destiempo aquella configuración mediante la cual la sociedad se presenta siempre a sí misma, de igual manera que tampoco puede ser alterado a destiempo el equilibrio de la relación —también institucional— entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias.

Qué es Derecho y qué es «únicamente» moral, no es una cuestión inmutable, sino que depende de qué configuración de la sociedad se entienda que ha de ser garantizada formalmente y cuál haya de ser, en cambio, informal y sin garantía. Hace alrededor de 200 años, esto es, una época que en Alemania, en lo referente a la evolución del Pensamiento, se denomina —probablemente con acierto— como Clasicismo, se decía una y otra vez que todos los mandatos jurídicos debían ser reconducidos a prohibiciones, esto es, a deberes negativos[9]. Pues

[8] A favor de ello, en cambio, KÖHLER, ob. cit., pág. 210.

[9] Referencias en JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen,* 1996, p. 11 y ss.; detallado, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und*

bien, esta reducción de todas las instituciones a una sola, a saber, al sinalagma —aquí ya en numerosas ocasiones repetido— libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias, que se produce por la absolutización de la idea de que pueden existir legítimamente sociedades que sean liberales de forma extrema, esta reducción, como digo, resulta incluso para tales sociedades demasiado pobre. En efecto, incluso sin tener en cuenta que liberalidad pura ni siquiera se encuentra en las concepciones del Estado de LOCKE y KANT, sino tan sólo en el «cada uno a lo suyo» del estado de naturaleza de HOBBES, lo cierto es que también el pensamiento clásico comienza con el reconocimiento de la persona, y por ello nos hallamos ya ante un punto de partida positivo. Se trata pues de una liberalidad cimentada positivamente, a saber, centrada en la personalidad del otro, una liberalidad que reconoce al otro como persona, que presupone el vínculo de la personalidad; y con ello —el planteamiento no puede pues renunciar a lo positivo— la sociedad liberal tiene también que plantearse la cuestión sobre la cantidad de lo positivo. Pues: ¿por qué habría que tomar en consideración tan sólo el mínimo de esa cantidad? Incluso es más, se puede afirmar que el Derecho basado exclusivamente en la personalidad sólo es un Derecho establecido de forma abstracta. En efecto, todo intento de concreción presupone —entre otras cosas— un Estado, y éste a su vez no puede hallarse configurado de forma arbitraria, sino que debe garantizar una función jurisdiccional —si no los derechos serían meras quimeras—. Derecho material sin Derecho formal no es más que Derecho abstracto, y Derecho formal, el procedimiento judicial en sentido amplio, presupone por su parte una unión institucional.

Por lo que refiere al Estado se trata de comprender y describir en qué medida él se muestra como indisponible, igual que, si bien es cierto que el sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias permite desviaciones —basta pensar en la industria, antaño libre de responsabilidad, hoy cargada con la responsabilidad por las consecuencias, sobre todo la responsabilidad por el producto—, no

---

Beteiligung, —Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, págs. 51 y ss., 67 y ss. y *passim.*

es menos cierto que tal sinalagma no puede ser suprimido mediante una evolución de hoy a mañana.

Por tanto, los empleados públicos del Estado que tienen que llevar a cabo los cometidos del mismo, tienen que ser garantes desde luego (1) de la subsistencia mínima, (2) de la seguridad interior y exterior y (3) de los principios fundamentales del Estado de Derecho. Los detalles no pueden ser expuestos aquí. Controversia reina en todos los aspectos, hasta respecto de la respuesta a la cuestión de si un policía es garante de impedir un delito, incluso aunque el ciudadano se encuentre en situación de autoprotegerse[10]. De todas formas esa autoprotección resulta por regla general poco efectiva a causa del monopolio de la fuerza que posee el Estado, de modo que el brocardo *«oboedientiae finis est protectio»* es válido probablemente también respecto de la seguridad interior. Un policía está positivamente obligado, lo cual quiere decir, dicho a modo de ejemplo, que él es autor (¡delito de infracción de deber!) de un delito de lesiones cuando no impide que otras personas agredan a otra, víctima de ellas, si bien podría hacerlo y no tuviese que cumplir otros deberes prioritarios. Obviamente, y como ya quedó dicho, esto no es indiscutido. Sorprendentemente, la tendencia a admitir deberes positivos es entre tanto en Derecho medioambiental mucho más pronunciada que en las (demás) cuestiones de seguridad interna —en la dogmática jurídico-penal también existen, así pues, modas—. En cualquier caso el deber de un empleado público de la Administración de medio ambiente de revocar un permiso cuyos presupuestos de validez han desaparecido es entendido por la opinión mayoritaria como un deber positivo[11].

A diferencia de los deberes positivos de los empleados públicos del Estado —que aquí no han sido ni exhaustivamente aludidos ni suficientemente delimitados— los deberes positivos de los padres frente a sus hijos se encuentran hasta cierto punto fuera de discusión; es más, incluso los defensores más entusiastas de la figura del dominio del hecho y por consiguiente del delito de organización comisivo como prototipo de

---

[10] SK-RUDOLPHI, t. 1.º, 6.ª edición, 29.ª entrega, octubre de 1998, § 13, notas marginales 36, 54.c).

[11] Así, el propio SK-RUDOLPHI, ob. cit., § 13, nota marginal 40.b).

todos los delitos, prefieren unir al «dominio sobre el motivo del resultado» otro dominio, el de la madre sobre el desvalimiento del hijo —entiéndase por esto lo que se entienda—, antes que negar en estos casos un deber de cuidar del hijo[12]. Y cuando —para evitar la aplicación de las instituciones positivas— se insiste en el argumento de que los padres han «traído al mundo» a su hijo[13], y que por tanto han organizado, por así decirlo, su existencia, es esto *per se* un apoyarse en Naturaleza pura; de todas formas, cuando este argumento se combina con la consideración de que el deber es el reverso del *derecho* de los padres[14], esto no *es* sino otra descripción de un nexo institucional. En otras ocasiones se habla de forma habitual de las «estrechas comunidades de vida» como fuente de deberes positivos. Esta deducción no satisface, empero, puesto que la cercanía de una relación y su garantía jurídica son dos cosas distintas. Esta crítica no quiere decir, sin embargo, que en algunas comunidades de vida más o menos estrechas no se puedan encontrar los presupuestos de deberes positivos. En efecto, vida en común presupone constancia en el rol; sobre la base de veleidades no se puede fundar una comunidad. Ahora bien, indudablemente el Derecho no prohíbe ser veleidoso, aunque quizá sí el serlo a destiempo. Quien se ha unido, pues, a otro en una comunidad de peligro —trátese de una estrecha comunidad de vida o incluso de un matrimonio—, o aquel que *antes de la necesidad* ha aceptado proteger a otro para el caso de necesidad, puede ser obligado por el Derecho a permanecer en ese rol *en la situación de necesidad*. Basta con pensar en la proverbial relación simbiótica del paralítico con el ciego, en la acogida en una residencia de ancianos, en la administración de un patrimonio ajeno, en la dirección de un hospital de primeros auxilios, etc. Tales casos no pueden ser solucionados por medio de la figura de la asunción, esto es, por medio de un comportamiento organizativo, puesto que en ellos puede que haya faltado la existencia de una organización alternativa. Se trata de la prohibición del *venire contra factum proprium*, lo que para el supuesto de una situación de necesidad significa la

---

[12] SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, págs. 342 y s.

[13] FREUND, ob. cit., pág. 273.

[14] FREUND, ob. cit., pág. 274.

existencia del mandato de una prestación imputable positiva; yo acostumbro a denominar al fundamento de esta posición de garante «confianza especial».

Estas breves observaciones sobre los deberes positivos no pueden ser concluidas sin señalar que tales deberes —al contrario que los negativos— no provienen del status general de la persona, sino de una relación especial, verbigracia de la relación entre empleado público y ciudadano, padres e hijo, médico y el paciente que éste atiende, etc. Mientras que en la lesión de los deberes negativos, el organizar es algo que puede ser llevado a cabo mediante la división del trabajo, y el grado de participación no es sino una cuestión cuantitativa, los deberes positivos no conocen *per se* de división del trabajo, puesto que el titular del deber desempeña un rol especial que le une de forma personalísima. El rol como tal no es divisible; divisibles son en todo caso los actos de organización que puedan llevarse a cabo para quebrantar el rol. Cuando alguien que no es titular de un rol especial, un llamado extraneus, participa en el delito de infracción de deber, surge entonces la pregunta de si en realidad debe ser penado y, dado el caso, cómo. Dicho ejemplificadamente, la mujer del funcionario le aconseja a éste que se deje sobornar, ya que a ese dinero se le puede encontrar buen uso. Puesto que los roles —padres, policías, etc.— no pertenecen a otras castas, esto es, sus portadores no viven en otras sociedades sino que se trata de un status que, si bien especial, debe ser atribuido a la sociedad de la cual también es miembro el extraneus, se le pena al extraneus —en el ejemplo: a la extranea— si bien, y según el Derecho positivo alemán, de forma atenuada: y es que en todo caso la persona de fuera no ostenta el deber especial en sí. Este resultado no depende —una vez más— de la diferencia entre acción y omisión; quien aconseja a un empleado público que persiga a un inocente no incluyendo circunstancias exonerantes en los autos, se encuentra en la misma situación que quien le sugiere que finja circunstancias incriminatorias (§ 344 StGB).

IV. A la equiparación entre acción y omisión mantenida aquí se le objeta de forma generalizada que, por lo menos para la problemática del autor por motivos de conciencia, hay que diferenciar: así se dice que hay que tratar a la omsión con algo más de indulgencia que a la acción, principalmente porque la

sociedad se puede adaptar mejor a que no se produzcan aportaciones que a una acción agresiva y antijurídica [15]. Para justificarlo se mencionan ejemplos del siguiente tipo: el padre sectario que no lleva al hospital a su hijo alcanzado por un rayo —lo cual significa su muerte segura— ya que esa había sido la supuesta voluntad de Dios, debe ser tratado de forma más benigna que en el caso en que, sin ninguna consideración, mata a golpes a su estigmatizado hijo. Pues bien, yo estoy completamente de acuerdo con esta diferenciación, pero no prueba ninguna diferencia entre acción y omisión, sino entre deber positivo y deber negativo, ya que el padre que no lleva a su hijo al hospital falta a su deber positivo de edificar un mundo en común, que resulta de su rol de padre, mientras que aquel que mata a su hijo a golpes y de este modo introduce un curso causal dañoso en una organización ajena falta a su deber negativo de mantener su organización en un estado inofensivo para cualquier otra persona. Los deberes negativos son principalmente resistentes a su debilitamiento mediante la remisión a consideraciones de conciencia: aquel que, por los motivos que sean y puede ser también por motivos de conciencia, no considera al otro siquiera como persona, niega las condiciones fundamentales de la socialidad, y una sociedad que reconociese inclinaciones hacia tal comportamiento, aunque sea haciendo uso de la indulgencia, renunciaría a sí misma. Debido a ello, la competencia por organización —el deber negativo— como base sencillamente de toda ordenación jurídica no permite por regla general tampoco en las omisiones ninguna consideración de los motivos de conciencia. A modo de ejemplo, un conductor debe frenar cuando es necesario, y si su conciencia sólo le ordena orar mentalmente en el momento en el que el debía frenar, entonces no puede alegarse de forma atenuante el fuero de su conciencia; es imposible que la sociedad se pueda adaptar mejor a que no se produzcan tales aportaciones que a una acción agresiva. Una vez más se muestra como determinante la división que se da entre los deberes negativos, que son resistentes a la conciencia, y los positivos, en los cuales y en ciertos casos extremos que no pueden tratarse aquí los motivos de conciencia podrían jugar un papel, y ello entonces, claro está, tanto en la comisión como en la omisión. Por último

---

[15] LUHMANN, *AöR* 90, págs. 257 y ss., 282 y ss.

una pequeña indicación: puede que se trate al objetor de conciencia con cierta indulgencia, pero es indiferente si él se va del cuartel o si ni siquiera se presenta en él.

V. Hasta ahora se ha mostrado que surgen deberes bien de la organización libre de un ámbito de organización, los llamados deberes negativos, o bien, y como deberes positivos, de instituciones especiales socialmente irrenunciables, por ejemplo de la paternidad. A estos deberes, sean positivos o negativos, aún les resta ser determinados de forma más precisa, ya que no tienen un contenido ilimitado, sino que deben ser limitados a través de los deberes y obligaciones de otras personas responsables. Los límites sólo se pueden exponer aquí a través de ejemplos, pero de todos modos debe quedar claro con las explicaciones que, en lo que toca a la delimitación, tampoco existe ninguna diferencia entre comisión y omisión. No abordaré así pues las diferencias entre deberes positivos y negativos, sino que me limitaré a la explicación de la irrelevancia de la separación entre acción y omisión. Por último y con este fin haré referencia al ejemplo más tratado en los tiempos actuales también, probablemente, a nivel internacional.

De las reglas para la delimitación del contenido nombraré las tres más importantes. La primera reza que nadie tiene el deber de configurar su organización de tal manera que otros resulten protegidos también de los peligros que en la vida cotidiana son practicamente ineludibles. Se trata del llamado riesgo permitido. A modo de ejemplo, si los padres pueden sentar a sus hijos en el automóvil de un conductor fiable (acción), si bien viajar en automóvil es siempre más arriesgado que el quedarse en casa, tampoco han de intervenir salvíficamente cuando los niños suben por sí mismos al automóvil. El riesgo permitido es por tanto absolutamente independiente de la forma del comportamiento en cuanto movimiento corporal u omisión.

La segunda regla explica que la víctima podría tener que responder por su parte de un peligro y el autor resultar exonerado de la competencia por este peligro debido a la competencia de la víctima. Un ejemplo: si el propietario de un hacha muy afilada no tiene que intervenir de forma salvadora en el caso de que vea como su vecino, que generalmente es algo despistado, toma él mismo la herramienta (omisión del pro-

pietario), también puede dársela (comisión) a petición del vecino y queda libre de toda responsabilidad para el caso de que éste se golpee en el pie; la víctima ha obrado, como suele decirse, a propio riesgo.

La tercera regla se llama «prohibición de regreso». Según su contenido nadie debe excederse de su rol para conjurar un peligro. Nuevamente un ejemplo: si un taxista escucha casualmente como planean dos clientes que él transporta cometer un hurto en el lugar de llegada, queda no obstante libre de responsabilidad, ya que no pertenece al rol de un taxista vigilar al cliente para saber qué tiene previsto hacer en el lugar de destino (puesto que él conduce al cliente a su destino hay una comisión). Consecuentemente, el arrendador de coches no tiene que bloquear la salida (esto es, puede omitir quedando impune), cuando en el último segundo descubre que el arrendatario, que ya se va, tiene previsto utilizar el coche para robar.

En conclusión, la respuesta a la pregunta de si un comportamiento tiene o no significado delictivo depende, por consiguiente, tanto en la comisión como en la omisión, de las mismas reglas. Para finalizar esta cuestión, un último caso muy tratado: a un paciente le quedan sólo expectativas de vida tan reducidas, especialmente también en lo que afecta al tipo de vida restante, que el médico no está obligado a adoptar medidas de medicina intensiva, por ejemplo por medio de un corazón y pulmón artificial o de un reanimador. ¿Puede el médico ante tal diagnóstico interrumpir de forma activa las medidas que habían sido previamente adoptadas y que siguen prestando su función autónomamente? ¿Puede él por tanto, en el caso de que pudiese omitir, también cometer? La decisión depende de si el tratamiento intensivo debe adscribirse a la organización del enfermo o si se considera todavía como organización del médico. Si se califica como organización del enfermo, entonces el médico no tiene, con seguridad, ningún derecho a configurar más gravemente para la salud lo que desde un principio quedó así organizado, ya que el contenido de un deber negativo consiste precisamente en no poder perturbar la organización ajena y los deberes positivos abarcan siempre este deber negativo. Ningún médico puede, lo cual está también absolutamente fuera de toda discusión, anular sin

autorización la función que presta un marcapasos ya implantado, una válvula cardíaca ya implantada o una articulación artificial. Sin embargo, los servicios que prestan los instrumentos médicos sólo pertenecen a la organización del paciente cuando pueden ser utlizados por éste sin ayuda del médico al menos por cierto tiempo, de tal manera que al médico se le pueda excluir del control del aparato. Éste no es precisamente, claro está, el caso de una medida de medicina intensiva; ciertamente, el médico no tiene que hacer nada cuando, durante cierto tiempo, las medidas tomadas prestan su función autónomamente, pero incluso entonces el paciente no puede excluir al médico y emprender cualesquiera actos organizativos, antes bien, cualquier organización requerida, incluso un pequeño desplazamiento del cuerpo, obviamente también el control de los aparatos, es de la incumbencia del médico y de su personal auxiliar como tarea propia. Si, por tanto, la manipulación de estos aparatos no es ninguna manipulación del ámbito de organización del paciente, sino un actuar dentro del ámbito del propio médico y si éste, debido al estado del paciente, no está obligado a una configuración auxiliadora de su organización, es entonces irrelevante, una casualidad, si en ese momento se requiere una acción o si el automatismo del aparato funciona todavía. Lo que no depende de casualidades es cómo hay que atender al paciente; el médico puede, por tanto, interrumpir activamente una medida ya incorporada que todavía pertenece a su propia organización cuando, si la medida no prestase su función de forma autónoma, no tuviese el deber de darle comienzo y viceversa.

La decisión apenas se discute ya en cuanto a su resultado. Generalmente se argumenta de forma ciertamente metafórica, en el sentido, por ejemplo, de que los aparatos son la prolongación de los brazos del médico y por eso al desconectarlos se trata valorativamente de una omisión a pesar de que inequívocamente se trata de una acción; éstas son, en el mejor de los casos, imágenes e ideas, con cuya ayuda se puede indicar la dirección en que se mueve la solución, pero no el camino preciso. Con el discernimiento de que acción y omisión son formas de organizar intercambiables y de que la fundamentación del deber en cuestión es idéntica para ambas, se hacen superfluas tales vaguedades.

Espero haber mostrado que el Derecho penal moderno no toma como punto de referencia movimientos corporales de individuos o la ausencia de los mismos, sino el significado del comportamiento de personas, con lo cual la diferenciación entre movimiento y no-movimiento es solamente técnica. El concepto penal clave es el de deber, y la distinción entre acción y omisión afecta a una cuestión secundaria, a cómo hay que organizar para satisfacer el deber partiendo del —casual— estado actual. La configuración de la sociedad, a cuyo mantenimiento debe contribuir el Derecho penal, no cristaliza en naturalismos como la diferenciación entre comisión y omisión, sino en instituciones, como la que se basa en una posición solamente negativa o la basada en un status positivo.

CAPÍTULO VI
OMISIÓN *

I. Todo ordenamiento regulador de la existencia de Personas, esto es, todo orden social, contiene *como mínimo* el deber que se impone a toda Persona de no dañar a otra Persona. Para simplificar, en lo sucesivo denominaré tal prohibición como una relación negativa, puesto que se trata de un no-dañar a otra Persona; en cualquier caso debe quedar claro que esta relación negativa refleja por su parte una relación positiva, a saber, el reconocimiento del otro como Persona [1]. Pero un ordenamiento social no tiene por qué limitarse a generar Personas que no se perturben entre ellas, sino que puede contener también el deber de proporcionar ayuda a otra Persona, de edificar con ella —de forma parcial— un mundo en común y, de esta forma, de asumir respecto a ella una relación positiva. Aquí voy a tratar sólo aquellos deberes positivos que poseen la misma importancia que un deber negativo, esto es, los deberes de garante; por tanto, no se tendrá en cuenta el delito de omisión no equivalente al delito de comisión.

La diferencia entre deber negativo y deber positivo se puede encubrir sin duda, si se atiende tan sólo a los derechos que corresponden a tales deberes, puesto que en efecto en cualquier caso se puede constatar que un derecho ha resultado dañado y que la posición del titular del mismo se tornó desfavorable [2]. Pero en realidad, únicamente se puede proceder de la forma recién descrita, si ya se han fundamentado los debe-

* Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (R. F. de Alemania). Publicado con el título «La omisión: estado de la cuestión», en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000.

[1] HEGEL, *Rechtsphilosophie*, §§ 36, 38.

[2] KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, pág. 210; WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, pág. 37.

res. Para la fundamentación, en cambio, hay que analizar la relación de las Personas de manera más precisa: En los deberes negativos se trata de la compensación de una situación de empeoramiento producida por el autor; si no hubiera existido el autor, la víctima no habría necesitado ayuda. Por el contrario, en los deberes positivos el autor hubiera tenido que compensar de todas formas una situación de necesidad que existía con independencia de su comportamiento; aunque no hubiera existido el autor, la víctima habría necesitado de igual manera ayuda. Así pues, el deber negativo resulta algo evidente mientras se trate de un ordenamiento social; el deber positivo, en cambio, no.

Por lo que respecta a la relación negativa, ésta no se compone meramente de prohibiciones de iniciar lesiones; muy por el contrario existen junto a estas prohibiciones, mandatos de abstenerse de gestar lesiones, cuando no de revocarlas. Ejemplo: Quien deja que su automóvil ruede despacio hacia una persona que se encuentra cruzando la calle, cumple el deber de no dañar, siempre y cuando no acelere; en cambio, quien deja que su automóvil ruede deprisa, tiene que frenar, esto es, actuar. En cualquier caso, tiene que ocuparse de que su organización no resulte dañosa para otros. Pero, ¿por qué está obligado a ello? ¿No puede argüir que es tarea del peatón o de la policía el cuidar de que la conducción de su automóvil (la del que atropelló) sea inocua? Ciertamente, él no puede alegar esto, porque entonces el peatón o el policía tendrían el derecho de organizar su conducción (la del que atropelló), lo cual significaría en la práctica que se le impediría conducir, es decir, que no se le reconocería —al menos en lo referente a la conducción de vehículos— como Persona. En cambio, si es que quiere ser considerado como Persona también cuando conduzca, *él mismo* es quien tiene que ocuparse de la inocuidad. En otras palabras, quien pretenda gozar de libertad de organizar, tiene que hacerse responsable de las consecuencias de su organización; el que quiera excluir las consecuencias, tiene que dejar que sus asuntos sean administrados por terceros, no puede ser, por tanto, Persona. Este nexo entre la libertad de organizar y la responsabilidad por las consecuencias no guarda relación con la delimitación de las prohibiciones respecto de los mandatos o con la de la acción respecto de la omisión.

De forma análoga, la relación positiva no se compone tan sólo de mandatos sino también de prohibiciones. Así por ejemplo, se pueden mencionar las prohibiciones que atañen a todo destinatario de un mandato, a saber, la prohibición de arrebatarse a sí mismo mediante una acción positiva la capacidad de cumplir con el deber; de este modo, el médico que tiene que operar no puede embriagarse. Además, a causa de la obligación positiva, al obligado positivamente le conciernen también la totalidad de las prohibiciones del ámbito negativo; explicado asimismo de la mano de un ejemplo: Los padres no pueden matar a su hijo, en primer lugar, porque el niño es una Persona, en segundo, porque ellos son los padres. Finalmente puede que sólo sea razonable dirigir una prohibición a obligados especialmente, puesto que el camino que conduce al resultado delictivo no es accesible para otros; así, sólo jueces pueden cometer prevaricación mediante el hecho de dictar sentencia (¡acción!), sólo administradores de bienes, pueden llevar a cabo administración desleal extrayendo dinero de la caja, etc. La enumeración —sin pretensión de exhaustividad— de estos tres grupos de casos debe bastar para poder inferir que la relación positiva tampoco descansa en la delimitación de las prohibiciones respecto de los mandatos, ni en la de la omisión respecto de la acción.

Roxin ha puesto de relieve las particularidades de los delitos que radican en el quebrantamiento de una relación positiva, especialmente su resistencia ante la intercambiabilidad entre comisión y omisión, y los ha llamado delitos de infracción de deber. Estos delitos de infracción de deber se contraponen a los anteriormente aludidos que radican en el quebrantamiento de una relación negativa. Deber positivo *versus* deber negativo, así reza la distinción que arraiga en la configuración social y que por ello resulta dogmáticamente determinante, en tanto que la distinción entre acción y omisión, entre prohibición y mandato afecta tan sólo a meras características técnicas de la lesión del deber (o bien del cumplimiento del mismo) y a la manera en que tal deber es recogido en el tipo penal.

A causa de esta contraposición entre el deber negativo y el deber positivo se ha llamado a la teoría que aquí se defiende

«dualista»[3]. Si bien esto es correcto, hay que recordar que no lo es menos que este dualismo no supone una amalgama afilosófica de partes heterogéneas, sino el desdoblamiento de un planteamiento monista: El deber negativo es el reverso del reconocer-al-otro como Persona, que —como se dijo— ha de llevarse a cabo positivamente; en otras palabras, el nexo libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias es una institución al igual que lo es por ejemplo la relación paterno-filial o el Estado de Derecho, etc.[4]

II. Los deberes negativos, esto es, los resultantes del nexo libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias, se encuentran en lo fundamental fuera de controversia cuando son entendidos como deberes de *aseguramiento*. El deber de aseguramiento más relevante es el *deber* general *de aseguramiento del tráfico*. Éste tiene como contenido que la zona de roce de la organización propia con la organización ajena debe configurarse de forma socialmente adecuada. El supuesto habitual del delito de comisión es una lesión del deber que exige que sólo se produzcan movimientos motivados de forma socialmente adecuada, esto es, una lesión del deber de aseguramiento del tráfico, lo que se corresponde con la idea de FREUND, quien hace depender la responsabilidad por el delito de comisión de la existencia de la lesión de una «responsabilidad especial» —ésta sería aquí el deber de aseguramiento del tráfico—[5]. El deber de aseguramiento del tráfico como posición de garante se extiende en el ámbito de los delitos de omisión desde el deber de controlar el propio cuerpo, pasando por los deberes de control de las máquinas que se usen, los automóviles, viviendas, animales, etc., hasta el deber de control de instalaciones fabriles, vías férreas, líneas de alta tensión y otros. Lo relevante es siempre, que la exclusión de otros del trato con determinados objetos y con ello de la propiedad en un sentido muy lato —propiedad como un supuesto más de libertad de organizar— trae como consecuencia nece-

[3] VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, págs. 354 y ss.; en líneas generales VOGEL secunda la posición aquí sostenida.

[4] JAKOBS, *Strafrecht AT —Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 29/57.

[5] FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, págs. 68 y ss., y *passim*.

saria que hay que cuidar de la inocuidad de la organización —no sólo de los actos de organización, sino también del estado de la misma—.

Como siguiente deber negativo hay que mencionar el deber procedente de la *asunción* [Übernahme], el cual nace cuando alguien organiza la disminución de una protección ya existente que estaba actuando en una organización ajena; el deber en virtud de asunción es el sinalagma de esa merma de la protección ajena. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que se lleva a una persona de edad de la resguardada acera a una calzada muy frecuentada, o se promete que se va a avisar a un vehículo de salvamento que si no fuera por esa promesa habría sido avisado por otra persona, en el caso de la niñera, etc. Puesto que el deber compensa el déficit de seguridad que se ha producido fácticamente, es irrelevante si se ha asumido especialmente un deber procedente de un garante; puede que haya que compensar el servicio de un no-garante o de una máquina, o en general de la Naturaleza, en caso de que ésta hubiera sido la única efectiva. La efectividad hay que determinarla en el momento de la asunción; es necesario compensar la laguna que ha sido creada en ese momento, por cuanto cabe señalar que el «material de relleno» (el servicio a prestar conforme al deber) siempre es lógicamente de otra clase que el «material que ha sido disminuido», lo que de todas formas carece de importancia siempre que resulte equivalente.

Mucho más polémicos que los deberes de aseguramiento son los deberes negativos de *salvamento*, esto es, aquéllos en virtud de los cuales hay que retraer un curso dañoso que ya ha alcanzado una organización ajena. La controversia no atañe en realidad a la figura de la asunción, en donde, puesto que se trata de un unirse con una organización ajena, el hablar de aseguramiento o de salvamento es en la mayoría de los casos una cuestión de formulación, sino que atañe sobre todo a la *ingerencia*. En tanto en cuanto la ingerencia genera deberes de aseguramiento, ésta es absorbida por los deberes de aseguramiento del tráfico ya tratados. Ejemplo: Quien cava una zanja en una calle pública tiene que asegurarla; quien aumenta la velocidad de un automóvil tiene que moderar la velocidad en caso necesario, etc. Pero ¿qué sucede si la víctima ya cayó en la zanja o fue arrollada por el vehículo y ahora necesita ayu-

da? Pues bien, también en estos casos se sigue tratando del sinalagma libertad de organizar/responsabilidad por las consecuencias. En efecto, si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que restablecer una configuración adecuada, y en verdad, no sólo en tanto en cuanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento). Explicado en sentido figurado: La herida de la víctima —a consecuencia del delito— pertenece a la organización del autor y éste repara esta usurpación curando la herida o tomando las medidas oportunas para su curación. Esto se puede formular también en la terminología de la figura de la asunción: Quien lleva a otro a una situación de necesidad, tiene que ser tratado como si hubiese asumido la prestación de la ayuda.

Ahora bien, ¿cómo tiene que ser el comportamiento precedente para que dé lugar a deberes de salvamento? A diferencia de los deberes de aseguramiento, en los cuales en general sólo el propietario —en un sentido amplio— entra en consideración como competente, debido a que cualquier otra competencia menoscabaría su libertad de administración de la propiedad, los deberes de salvamento radican en una usurpación de organización, lo que significa que aunque se *excluyese* del salvamento *al que actuó* y el salvamento se llevase a efecto por terceras personas, no se estaría privando de competencia al que realizó el comportamiento precedente. Entre los que reconocen deberes como consecuencia de la teoría de la ingerencia reina unanimidad respecto a que en cualquier caso un comportamiento antijurídico origina este tipo de deberes. Ejemplificativamente: Quien lesiona a otro como consecuencia de un error al conducir un automóvil, tiene que ayudarle en la medida en que sea necesario. Pero los pilares firmes del pasado, en los que se apoyan quienes creen que *tan sólo* origina deberes el comportamiento precedente que es antijurídico, se tambalean considerablemente desde que su defensor principal de antaño, RUDOLPHI, quien instituyó esta teoría en una significativa monografía[6], admite excepciones (estado de

[6] RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966.

necesidad justificante, permiso de una autoridad administrativa que después de su concesión se convierte en antijurídico, responsabilidad por el producto)[7].

En mi opinión el ámbito de la ingerencia es reducido en demasía si nos centramos solamente en comportamientos anteriores que sean *antijurídicos*. El sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede observar en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleva una responsabilidad objetiva. Así por ejemplo, en tanto el titular de un automóvil responda civilmente también por un accidente «sin culpa» y ni la víctima, ni un seguro general público tengan que cargar con los daños patrimoniales del accidente, resulta difícil negar que la conducción de vehículos de motor —aunque sea absolutamente habitual— es definida jurídicamente como un riesgo especial, como un comportamiento por medio de cuya realización uno se extralimita frente a los demás en cierta medida. El conductor (el que organiza para el titular del vehículo) se apropia por tanto de la libertad de un *riesgo especial* y por ello tiene que librar a los demás con su patrimonio de los resultados perjudiciales que tal especialidad supone[8].

A efectos aclaratorios hay que indicar de todas formas, que puede que un riesgo especial sea por su parte —*sit venia verbo*— «sobrepujado» por la víctima mediante un comportamiento contrario a sus obligaciones. Ejemplo: Si una persona ebria —a consecuencia de su estado— cae de la acera delante de un vehículo conducido correctamente por su conductor, la víctima ha hecho uso de más libertad especial que el conductor, y por ello no se derivan deberes de salvamento para este último. Puede que se considere anticuada —dicho sea de paso— la responsabilidad objetiva del titular del vehículo y se exija un seguro obligatorio por parte de la víctima; puede que esto sea más acorde con la época actual, pero en tanto el Dere-

---

[7] *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (SK)-RUDOLPHI, t. 1.°, 6.ª ed., 27.° envío, § 13, notas marginales 40.a-c.

[8] Detallado, FREUND, ob. cit., págs. 180 y ss.

cho civil valore la situación de forma distinta, el Derecho penal no puede tomar otro camino.

Los pormenores tienen que ser dejados aquí de lado, pero en cualquier caso parece que la regla: «quien origina un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento» es más acertada que la regla del comportamiento precedente antijurídico. El Tribunal Supremo Federal alemán argumenta —al menos en sus conclusiones— en algunos casos con la fórmula general «riesgo especial»; en efecto, sólo así puede entenderse su sentencia sobre responsabilidad por el producto: El comportamiento precedente que en esa sentencia se califica —al menos terminológicamente— como de antijurídico (la distribución del producto) es, *de facto,* un comportamiento conforme a Derecho, hasta hoy incluso sin importancia, pero que precisamente la sentencia define por primera vez como riesgo especial, a saber, el riesgo de lanzar un nuevo producto al mercado[9].

De todas formas, aunque se considere como correcto lo expuesto hasta ahora, todavía queda por responder, en primer lugar, la siguiente cuestión: Si la diferencia entre acción y omisión es tan sólo de naturaleza técnica, ¿cuál es entonces el equivalente en el delito de comisión de las figuras de la asunción y de la ingerencia? La respuesta no es muy difícil de imaginar: Se tiene que tratar de casos en los cuales a causa del acto de asunción o del comportamiento precedente se prohíba un comportamiento que en caso contrario estaría permitido. Un ejemplo referido a la asunción: Todo el mundo puede apagar las luces de su automóvil cuando lo aparca definitivamente, siempre y cuando no haya asumido orientar a un nadador nocturno desde la orilla de un lago, en cuyo caso le está *prohibido* apagarlas. En los casos de ingerencia sucede lo mismo; un ejemplo basado en el anterior: Un comerciante puede apagar por la noche la iluminación del escaparate aunque esté seguro de que algunos trasnochadores van a tropezar en el accidentado pavimento, a no ser que él haya causado de forma antijurídica el mal estado del pavimento, en cuyo caso le está *prohibido* apagar la iluminación.

---

[9] *BGH* 37, págs. 117 y ss.

Sobre la diferencia tan sólo de contenido técnico entre la acción y la omisión aquí sostenida, la segunda cuestión reza: ¿Dónde se encuentran pues los paralelismos respecto de la participación? La doctrina usual respondería acaso —teniendo en cuenta lo confuso de la situación no estoy completamente seguro— que en el ámbito de la relación negativa nos hallamos ante garantes de vigilancia de una fuente de peligro (para este punto de vista la niñera también tiene una posición de garante como vigilante, a saber, debe vigilar los peligros que amenazan al niño a consecuencia de la ausencia de los padres); estos garantes de vigilancia serían en principio autores, puesto que son los únicos responsables, pero en cambio —argumenta esta doctrina—, si no impiden el hecho del autor de un delito de comisión serían cómplices. Dejando de lado los pormenores, especialmente la crítica a la división meramente formal e intercambiable entre la posición de garante de protección de un bien jurídico y la de vigilancia de una fuente de peligro, intentaré deducir una conclusión de los resultados hasta ahora obtenidos: Teniendo en cuenta que nos hallamos ante un paralelismo entre acción y omisión, la conclusión es que la parte en el curso dañoso que le vincula con el ámbito de organización del omitente tiene que ser equivalente al acto de organización en la comisión. Un dar-veneno equivale por tanto a un no-revocar-veneno (o no impedir el efecto del veneno etc.), un sugerir-planes de un delito equivale a un no-impedir la realización de los planes del delito, y una multiplicidad de aportes que son suficientes para fundamentar una coautoría equivale a una multiplicidad de vínculos, pudiendo aportes y vínculos estar mezclados: Quien da veneno de forma contraria al deber (acción) y no cierra la puerta con llave ante el autor —también de forma contraria al deber— etc. (omisión) responde igual que quien no revoca el veneno (o los efectos del mismo) y abre la puerta al autor, etc. De todas formas tiene que existir siempre un motivo que permita pensar que los ámbitos de organización se encuentran vinculados. La simple producción o no-modificación de una situación socialmente adecuada pero que es aprovechada por un tercero, no vincula. Dicho de forma breve: Los deberes de aseguramiento respecto del comportamiento delictivo de otras personas sólo incumben a aquel que ha participado mediante acción u omisión (fuera de los límites de la prohibición de regreso), a aquel que

tiene que vigilar a la otra persona o a aquel que en el marco de sus negocios deja actuar a otra persona, esto es, deja que otros estructuren su propia organización (de él). También respecto a este punto la diferencia entre acción y omisión atañe a una cuestión técnica y no a un aspecto substancial.

III. Lo mismo sucede respecto de la lesión de deberes positivos —que va a ser examinada a partir de aquí—, donde nos hallamos ante deberes de establecer un mundo en común —al menos parcialmente— con un beneficiario. ROXIN ha puesto de relieve que en estos delitos la autoría no viene fundamentada mediante el dominio del hecho, sino mediante la infracción del deber. Esto tiene como consecuencia que en estos delitos no existe responsabilidad accesoria para el obligado, puesto que en ellos es relevante no ya la organización —en la que varios pueden participar (división del trabajo)—, sino la lesión de un deber, lesión que siempre se lleva a cabo de un modo personalísimo. Carece de trascendencia si el deber de edificar un mundo en común se concreta en el mandato de ayudar activamente o en la prohibición de desbaratar las condiciones del mundo en común. El administrador de un patrimonio ajeno comete pues administración desleal en calidad de autor tanto si no exige de terceros no autorizados la devolución de la llave de la caja, como si él se la da, y el fiscal es de igual manera autor de un encubrimiento de funcionario [Begünstigung im Amt] tanto si conduce a la prescripción de forma contraria al deber el proceso penal contra su amigo, como si lo sobresee igualmente de forma contraria al deber.

Ahora bien, también los delitos comunes pueden ser cometidos por personas que se encuentran obligadas positivamente en el sentido descrito, y entonces el delito común se convierte en delito de infracción de deber. Así por ejemplo, los padres se encuentran obligados positivamente respecto de sus hijos. Si no impiden que un asesino mate a su hijo o incluso le prestan ayuda, o si el padre no impide que la madre mate al hijo, no se trata por ejemplo de participación —por omisión o por acción— en los actos de organización del homicidio, sino de una lesión independiente del deber, esto es, de una autoría (que se fundamenta de forma no-accesoria). Esta consecuencia ineludible, no es sin embargo inferida por la mayoría de la doctrina.

¿Cuáles son pues los deberes positivos? Hay pocas cosas que sean más controvertidas, que la respuesta a esta pregunta. Incluso no es raro el intento de reconducir los deberes positivos a deberes negativos, de aceptar pues tan sólo comportamientos organizativos como fundamento de responsabilidad. El intento posiblemente más relevante en este sentido procede de GALLAS[10]. Pero no sólo resulta forzado el tratar de reconducir la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos a la cópula carnal (GALLAS se da cuenta de ello y acepta pues una inconsecuencia en su sistema), sino que también el concentrarse únicamente en la organización conduce, dicho en términos metafóricos, a una visión restringida: En efecto, la expectativa que ha de ser asegurada no se origina en numerosas ocasiones, porque se haya organizado, sino que se dirige ante todo a la institución en cuyo marco se organiza. A modo de ejemplo: No se confía por regla general en un policía (porque haya organizado su incorporación al servicio), sino en la Policía; no se confía en el médico de una clínica, sino en la clínica, no en un juez, sino en la Justicia, etc. Y si se atiende a la incorporación del policía al servicio, del médico a la clínica y del juez a la Administración de Justicia, esto es, si se pone la mirada en el acto de organización que presuntamente es tan importante, no se pregunta de todas formas si había candidatos alternativos con, por lo menos, igual aptitud, de tal manera que no se discute si en resumidas cuentas existía una posibilidad efectiva de cumplimiento de la expectativa, posibilidad que pudiera ser asumida por el que se incorpora. En otras palabras, lo decisivo no es la organización «entrada en una institución» ni la «asunción autónoma... en sentido amplio»[11], sino que lo que decisivo es la configuración ya acuñada y anterior a la organización, de las instituciones «Policía», «clínica» o «Administración de Justicia».

La crítica —repetida una y otra vez desde KANT— de que el reconocimiento de deberes positivos como deberes jurídicos judicializaría la moral, no es acertada, puesto que las expectativas son válidas antes que las instituciones y sólo por medio de las instituciones son a su vez válidos los cargos públi-

---

[10] GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt,* 1989 [1963], pág. 67.

[11] Así, en cambio, KÖHLER, ob. cit., pág. 210.

cos: En efecto, no se exige de una persona aislada que se sacrifique por otra o acaso por la colectividad, sino que se trata de evitar que se abandone intempestivamente aquella configuración mediante la cual desde siempre se presenta la sociedad a sí misma, de igual manera que tampoco tiene que ser transformado intempestivamente —orientándolo de otro modo— el nexo —también institucional— libertad de comportamiento/responsabilidad por consecuencias (ésta es la materia de la imputación objetiva: ¿a quién incumben qué consecuencias?).

Qué es Derecho y qué es «únicamente» moral, no es una cuestión inmutable, sino que depende de qué configuración de la sociedad se entienda que ha de ser garantizada formalmente y cuál, en cambio, informal y sin garantía. Hace alrededor de 200 años, esto es, una época que en Alemania se denomina en lo referente a la evolución del Pensamiento —probablemente con acierto— como Clasicismo, se decía una y otra vez que todos los mandatos jurídicos debían ser reconducidos a prohibiciones, esto es, a deberes negativos[12]. Pues bien, esta reducción de todas las instituciones a una sola, a saber, al sinalagma —aquí ya en numerosas ocasiones repetido— libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias, que se produce por la absolutización de la idea de que pueden existir legítimamente sociedades que sean liberales de forma extrema, esta reducción, como digo, resulta incluso para tales sociedades demasiado pobre. En efecto, incluso sin tener en cuenta que liberalidad pura ni siquiera se encuentra en las concepciones del Estado de LOCKE y KANT, sino tan sólo en el «cada uno a lo suyo» del estado natural de HOBBES, lo cierto es que también el Pensamiento clásico comienza con el reconocimiento de la Persona, y por ello nos hallamos ya ante un punto de partida positivo. Se trata pues de una liberalidad cimentada positivamente, a saber, centrada en la personalidad del otro, una liberalidad que reconoce al otro como Persona, que presupone el vínculo de la personalidad; y con ello —el planteamiento no puede pues renunciar a lo positivo— la sociedad liberal tiene también que plantearse la cuestión sobre la cantidad de lo

[12] Referencias en JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen,* 1996, págs. 11 y ss.; detallado, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung, —Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen,* Berlín, 1999, págs. 69 y ss.

positivo. Pues: ¿por qué habría que tomar en consideración tan sólo el mínimo de esa cantidad? Incluso es más, se puede afirmar que el Derecho basado exclusivamente en la personalidad sólo es un Derecho establecido de forma abstracta. En efecto, todo intento de concretización presupone —entre otras cosas— un Estado, y éste a su vez no puede hallarse configurado de forma arbitraria, sino que debe garantizar una función jurisdiccional —si no los derechos serían meras quimeras—. Derecho material sin Derecho formal no es más que Derecho abstracto, y Derecho formal, el procedimiento judicial en sentido amplio, presupone por su parte una unión institucional.

Hay que estar de acuerdo con KÖHLER cuando expone que «el que un sujeto se convierta en personalidad independiente y el que en ella se mantenga» presupone «relaciones jurídicas de libertad —instituciones liberales—» [13]. Habría que añadir tan sólo, que en estas instituciones el paradigma de libertad dirigida a la comunicación ya se encuentra contenido en las mismas —o por el contrario no se encuentra— [pero en cualquier caso, institución y la libertad del sujeto no es algo que exista de forma separada]. El desarrollo espiritual de la subjetividad es pues interpretación del espíritu objetivo, o por el contrario no se encuentra acorde con los tiempos. Por lo que refiere al Estado no se trata de comprender y describir en primer término qué sujetos produce, sino en qué medida él se muestra como indisponible, igual que si bien es cierto que el sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias permite desviaciones —basta pensar en la industria, antaño libre de responsabilidad, hoy cargada con la responsabilidad por las consecuencias, sobre todo la responsabilidad por el producto—, no es menos cierto que tal sinalagma no puede ser suprimido mediante una evolución de hoy a mañana.

Por tanto, los empleados públicos del Estado que tienen que llevar a cabo los cometidos del mismo, tienen que ser garantes desde luego de: (1) la subsistencia mínima, (2) de la seguridad interior y exterior, (3) y de los principios fundamentales del Estado de Derecho. Los detalles no pueden ser

---

[13] KÖHLER, ob. cit., pág. 211.

expuestos aquí. Controversia reina respecto de todos los aspectos, hasta respecto de la respuesta a la cuestión de si un policía es garante de impedir un delito, incluso aunque el ciudadano se encuentre en situación de autoprotegerse [14]. De todas formas esa autoprotección resulta por regla general poco efectiva a causa del monopolio de la fuerza que posee el Estado, de modo que el brocardo «oboedientiae finis est protectio» es válido probablemente también respecto de la seguridad interior. En efecto, puesto que a la policía le incumbe un *deber* de entrar en acción, todo induce a entender ese deber como un deber de *garante*. Sorprendentemente, la tendencia a admitir posiciones de garante es entre tanto en Derecho medioambiental mucho más pronunciada que en las (demás) cuestiones de seguridad interna —en la dogmática jurídico-penal también existen pues modas—. En cualquier caso el deber de un empleado público de la Administración de medio ambiente de revocar un permiso cuyos presupuestos de validez han desaparecido es entendido por la opinión mayoritaria como un deber de garante [15].

A diferencia de los deberes positivos de los empleados públicos del Estado —que aquí no han sido ni exhaustivamente aludidos ni suficientemente delimitados— los deberes positivos de los padres frente a sus hijos se encuentran hasta cierto punto fuera de discusión; es más, incluso los defensores más entusiastas de la figura del dominio del hecho y por consiguiente del delito de organización comisivo como prototipo de todos los delitos, prefieren unir al «dominio sobre el motivo del resultado» otro dominio, el de la madre sobre el desvalimiento del hijo —entiéndase por esto lo que se entienda—, antes que negar en estos casos una posición de garante [16]. Y cuando —para evitar la aplicación de las instituciones positivas— se insiste en el argumento de que los padres han «traído al mundo» a su hijo [17], este argumento es *per se* un apoyarse en Naturaleza pura; de todas formas, cuando este argumento se

---

[14] SK-RUDOLPHI, ob. cit., § 13, notas marginales 36, 54.c.

[15] Así, el propio SK-RUDOLPHI, ob. cit., § 13, nota marginal 40.b.

[16] SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, págs. 342 y ss.

[17] FREUND, ob. cit., pág. 273.

combina con la consideración de que el deber es el reverso del *derecho* de los padres [18], esto no es sino otra descripción de un nexo institucional. En otras ocasiones se habla de forma habitual de las «estrechas comunidades de vida» como fuente de deberes positivos. Esta deducción no satisface, empero, puesto que la cercanía de una relación y su garantía jurídica son dos cosas distintas. Esta crítica no quiere decir sin embargo, que en algunas comunidades de vida, estrechas —o menos estrechas—, se puedan encontrar los presupuestos de deberes positivos. En efecto, vida en común presupone constancia en el rol; sobre la base de veleidades no se puede fundar una comunidad. Ahora bien, indudablemente el Derecho no prohíbe ser veleidoso, aunque quizá sí el serlo a destiempo. Quien se ha unido pues a otro en una comunidad de peligro —trátese de una estrecha comunidad de vida o incluso de un matrimonio—, o aquél que ha protegido a otro *antes de la necesidad* para el caso de necesidad, puede ser obligado por el Derecho a permanecer en ese rol también *en la situación de necesidad.* Basta con pensar en la proverbial relación simbiótica del paralítico con el ciego, en la acogida en una residencia de ancianos, en la administración de un patrimonio ajeno, en la dirección de un hospital de primeros auxilios, etc. Tales casos no pueden ser solucionados por medio de la figura de la asunción, esto es, por medio de un comportamiento organizativo, puesto que en ellos puede que haya faltado la existencia de una organización alternativa. Se trata de la prohibición del *venire contra factum proprium*, lo que para el supuesto de una situación de necesidad significa la existencia del mandato de una prestación imputable positiva; yo acostumbro a denominar al fundamento de esta posición de garante «confianza especial».

Estas breves observaciones sobre los deberes positivos no pueden ser concluidas sin señalar que tales deberes —al contrario que los negativos— no provienen del status general de la Persona, sino de una relación especial, *verbigratia* de la relación entre empleado público y ciudadano, padres e hijo, médico y el paciente que éste atiende, etc. Mientras que en la lesión de los deberes negativos, el organizar es algo que puede ser llevado a cabo mediante la división del trabajo, y el grado de

---

[18] FREUND, ob. cit., pág. 274.

participación no es sino una cuestión cuantitativa, los deberes positivos no conocen *per se* de división del trabajo, puesto que el titular del deber desempeña un rol especial que le une de forma personalísima. El rol como tal no es divisible; divisibles son en todo caso los actos de organización que puedan llevarse a cabo para quebrantar el rol. Por ello, todos los roles que generan deberes positivos son características personales especiales y un *extraneus* es punible de forma atenuada (§ 28 I StGB [Código penal alemán])[19].

Este resultado no depende —una vez más— de la diferencia entre acción y omisión; quien aconseja a un empleado público que persiga a un inocente no incluyendo circunstancias exonerantes en los autos, se encuentra en la misma situación que quien le sugiere que finja circunstancias incriminatorias (§ 344 StGB), a saber, el *extraneus* tiene que ser penado de forma menor que el *intraneus* (§ 28.I StGB). De todas formas la aminoración para los *extraneus* no conlleva consecuencias cuando el delito de infracción de deber presenta la misma pena que un delito común. Ejemplo: Quien aconseja a una madre que mate a golpes a su hijo (de la madre), sugiere la realización de un delito que, en cuanto delito de la madre, es uno de infracción de deber y, en cuanto delito de una persona cualquiera, es un delito de organización, y una participación en este último no conlleva aminoración de la pena alguna. Si por el contrario el partícipe hubiera aconsejado dejar morir de hambre al niño y la responsabilidad de la madre sólo se fundamentase en la lesión del deber positivo (relación paterno-filial; además prácticamente siempre también la confianza especial) habría que aminorar la pena; si en cambio se hubiera dañado también un mandato del arsenal de los deberes negativos (*v. gr.*, asunción, recogiendo al niño de un centro en donde lo cuidaban), entonces se respondería de la participación en ese delito, sin la atenuación del § 28.I StGB, de igual modo que no se puede aconsejar a alguien que deje caer al niño que lleva en los brazos.

IV. He retornado de nuevo al comienzo de mis consideraciones: La diferenciación entre acción y omisión se desvane-

---

[19] Sobre la imposibilidad de la existencia de deberes positivos que tan sólo *agraven* la pena, SÁNCHEZ-VERA, ob. cit., págs. 195 y ss., 203 y ss.

ce —al ser una simple delimitación de naturaleza técnica— tras la diferenciación entre deber negativo y deber positivo o entre delito común y delito de infracción de deber. Con ello no se despejan todas las incógnitas, pero al menos resulta claro ante qué problemática no hallamos, a saber, se trata del contenido de los deberes y no de las cuestiones técnicas mediante las que éstos se cumplen o quebrantan.

Lo cierto es que hasta ahora no se habló de cómo la ciencia jurídico-penal se entiende a sí misma, tema que, según el proyecto originario de estas Jornadas, debía de ser examinado. El cómo la ciencia del Derecho penal se entiende a sí misma no puede ser inferido solamente del tratamiento jurídico-penal de la omisión, sin tener en cuenta otras partes de la Dogmática, en especial el concepto de culpabilidad, la teoría de la pena y la teoría del Derecho procesal penal. Pero por lo menos se puede tomar el delito de omisión como *pars pro toto* y, animándose a dar grandes pinceladas, formular lo siguiente:

Hace algo menos de un siglo se decía que la relación entre la comisión y la omisión era una relación entre «a y *non*-a»[20]. El déficit constatado de acuerdo a las categorías naturalistas, el «*non*-a», se compensó añadiendo un plus normativo, una posición de garante. En cualquier caso, esto no condujo a *una sola* teoría del delito.

Hace cuarenta años se reemplazó el aparato psico-físico que tomaba como medida el «a» y «*non*-a» por la «lógica material» de la configuración del mundo mediante el «Hombre»[21], «Hombre» entendido como un sujeto constituido —sea como fuere— *de forma previa* a la sociedad. Tanto la configuración como la no-configuración del mundo se entendían como el ejercicio de las «capacidades» del sujeto presocial y en ese sentido (aunque también sólo en ese sentido) se reemplazó la descripción de la Naturaleza por un intento de captar el espíritu subjetivo. De todas formas la posición de garante se

---

[20] RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, —Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik,* 1904, pág. 140.

[21] Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,* 1959, págs. 16-21.

añadía nuevamente desde fuera, de tal manera que todavía no se alcanzó *una sola* teoría del delito.

Es cierto que el entendimiento de los nuevos tiempos no puede introducir cambios en el hecho de que los individuos muevan su cuerpo o que no lo muevan, y con ello en el hecho de que, como sujetos presociales, persigan algo o no, pero esto no interesa ya *per se*, sino sólo como detalle técnico que afecta a la prolongación de la Persona, esto es, entidades determinadas por normas cuyo comportamiento no interesa como comportamiento que ocasiona algo o que no lo ocasiona, sino como un comportamiento que contiene significado; desde un punto de vista jurídico-penal se trata del significado bajo la perspectiva de la vigencia de la norma. La dogmática jurídico-penal como explicación de una relación normativa se ha encontrado por tanto a sí misma. La dogmática jurídico-penal comienza con la vigencia de la norma, y considera a la Naturaleza interna o externa, o a la conciencia individual —en el mejor de los casos— como indicadores de un estado respecto de la vigencia de la norma, pero no como materia jurídico-penal. El sistema Persona no ha suprimido pero sí superado dialécticamente al sistema «sujeto presocial» y tanto más al sistema psico-físico.

Lo dicho resulta ciertamente escaso sin una teoría que explique de qué normas se trata. Pero mi tema no era una completa teoría de la configuración de una sociedad moderna, sino sólo la ubicación de la omisión en esa teoría.

CAPÍTULO VII
INDIFERENCIA COMO DOLO INDIRECTO *

I. Cuando un autor no tiene en consideración el daño que ocasiona y esto sucede de modo evitable, en la medida que por ello se encuentra en situación de ignorancia, el derecho penal alemán establece —al menos[1]— dos diferentes consecuencias jurídicas. Por un lado, el § 16.1 StGB excluye la pena prevista para el delito doloso en casos de desconocimiento de la realización de los elementos del tipo, lo que significa, si se mantiene la regla hasta sus últimas consecuencias, que en todo caso podría sancionarse por imprudencia (§ 16.2 StGB). Sin embargo, sólo muy raramente son sancionados los hechos imprudentes como los dolosos y, por regla general[2], se presenta un marco penal claramente atenuado. El principio que parece estar vigente es el siguiente: la ignorancia siempre provoca una descarga de responsabilidad. Por el contrario, el § 17.2 StGB tan sólo prevé, para el hecho cometido en ignorancia evitable de su ilicitud, una atenuación facultativa. De este modo, ha de diferenciarse según la causa de la ignorancia: si esta causa descarga de responsabilidad, ha de atenuarse la pena; si no es así, la pena no puede ser atenuada. El principio reza entonces de este modo: la ignorancia provoca una descarga de responsabilidad a veces en virtud del contexto. Pero ¿Qué es una causa que no descarga de responsabilidad? En la

---

* Traducción del original manuscrito «Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*» de Carlos Pérez del Valle. Publicado en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004.

[1] En los casos los casos de suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación que sí se han verificado se propone también una consecuencia jurídica específica. Cfr. en este sentido KRÜMPELMANN, *Beiheft ZStW*-1978, págs. 6 y ss., en particular pág. 50.

[2] Acaso una excepción representa el § 316 StGB, que prevé el delito de intoxicación alcohólica en el tráfico rodado. El marco penal previsto para el delito doloso apenas puede reducirse. Además, el desconocimiento de la intoxicación tendría que basarse, prácticamente en la mayoría de los casos, en la indiferencia. Esto es, en *dolus indirectus*.

medida que la culpabilidad es déficit de fidelidad al derecho, la ignorancia (evitable) no puede descargar de responsabilidad cuando el conocimiento no proporciona al autor ningún dato relevante para su decisión y, por tanto, cuando el autor, con indiferencia hacia el derecho, está ya resuelto a ello[3]. El conocimiento que sencilla y llanamente no es determinante para, no es ni más ni menos que superfluo. Un ejemplo: el autor, que consume de ordinario diversas drogas, se procura una sustancia de nuevo diseño[4] con el conocimiento de su composición, pero sin tener en cuenta la prohibición (§ 29.1.1 BtMG).

La regulación del derecho alemán se hace cargo del problema, pero resulta indecisa: atenuación obligatoria aquí (en el desconocimiento del tipo, en cualquier caso predominante en la práctica), atenuación facultativa allí (en el desconocimiento de la ilicitud). Con la regulación del derecho español sucede a la inversa: con una decisión tajante —atenuación obligatoria en todo caso— se oculta el problema. De acuerdo con el artículo 14.1 del Código penal español, el desconocimiento evitable de la realización del tipo conduce a la imprudencia, lo que se corresponde con el § 16 StGB. Sin embargo, según el artículo 14.3 del Código penal español, la pena debe ser atenuada en uno o dos grados en los casos de desconoci-

---

[3] Detalladamente, TIMPE, *Strafmilderung des Allgemeines Teils und das Doppelverwertungsverbot,* 1983, págs. 22 y ss.; ROXIN, *ZStW*-76, págs. 582 y ss., 604-605 (con matices, el mismo, *Strafrecht-Allgemeiner Teil-I,* 3.ª edic., 1997, 21/70); JAKOBS, *Strafrecht-AT.Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª edic., 1991, 19/46 y ss., especialmente 19/49. Las deficiencias de una descarga de responsabilidad en casos de indiferencia fueron admitidas incluso por los partidarios de la teoría del dolo: LK-MEZGER (JAGUSCH y otros autores, *Leipziger Kommentar,* 8.ª edic., 1957), § 59.II.17 (III D, pág. 605); otros testimonios en ese sentido, en JAKOBS, *op. cit.*, 19/17, nota al pie, 28. En el § 17 párrafo 2 StGB se trata simplemente de la evitabilidad del error, y por eso todo juicio defectuoso es denominado «error»; ha de convenirse, sin embargo, que se trata simplemente de una denominación, como lo prueba el hecho de que la atenuación sea facultativa. En realidad, el precepto regula el desconocimiento por causa de indiferencia y el error con la denominación de éste último. Sobre el derecho español, véase el texto de la nota al pie 5.

[4] Ha de tenerse en cuenta que, al ser reciente la sustancia, no puede tratarse de un comportamiento ilícito ajustado a un estereotipo; sobre esta cuestión, cfr. JAKOBS, *AT,* 19/39.

miento evitable de la ilicitud del hecho: quien es absolutamente indiferente, quien actúa sin reflexión alguna, resulta privilegiado de este modo. Bacigalupo, a quien se dedican estas líneas, criticó de inmediato esta regulación[5]: la atenuación obligatoria en uno o dos grados es exagerada y no concuerda con la atenuación facultativa de la pena en uno o dos grados prevista en las circunstancias eximentes incompletas. En ese sentido, Bacigalupo defiende que, en los casos de error evitable, se permita una atenuación de la pena dentro del marco penal previsto.

En todo caso, nada se consigue con una regulación elástica que afecte únicamente al desconocimiento de la ilicitud. En efecto, puede suceder, en relación con el desconocimiento del tipo, que el conocimiento del autor no proporcione razón alguna para que éste reflexione sobre su decisión, y todavía en menor grado para que se decida. Si se modifica el ejemplo citado al comienzo, de tal modo que el autor no piensa en la composición de la droga porque le es suficiente con la seguridad que le da el vendedor, se trataría entonces de lo novísimo entre lo nuevo. La indiferencia respecto al derecho, que de ordinario se traduce «sólo» como ignorancia de la ilicitud, puede también degenerar en indiferencia sobre los hechos y, en consecuencia, conduce también al desconocimiento de la realización del tipo ¿Acaso no debería propugnarse que en estos casos la indiferencia tampoco pueda provocar una descarga de responsabilidad? Un ejemplo más: un terrorista atraviesa una barrera de control de la policía conduciendo un coche a gran velocidad; él no tiene en cuenta que podría matar a uno de los agentes de policía que corren apresuradamente por el arcén, pues está concentrado más que nada en lograr pasar sin perder el control del vehículo. ¿Sería una equivocación imponer la pena de tentativa de homicidio en el caso de

---

[5] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general,* 4.ª edic., Madrid, 1997, pág. 323. Recientemente sobre el artículo 14.3 del Código penal, Felip i SABORIT, Error iuris. *El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal,* Barcelona, 2000, en especial págs. 261 y ss., quien reconoce que entre la esfera del error y la del conocimiento actual existe todavía un espacio: el del desconocimiento por indiferencia. He de agradecer la referencia sobre el trabajo de Felip i SABORIT a Teresa MANSO, en estos momentos en Friburgo de Brisgovia.

que todo termine bien, y la pena del homicidio consumado doloso en el caso de que muera el agente?

Parece ofrecerse una solución cuando se ventila el problema desde un punto de vista «práctico-psicológico»: el hecho de que el adquirente de una droga no tenga en cuenta las sustancias de las que está compuesta o de que ante los ojos del terrorista no se presente como posible la muerte del policía tendría que valorarse más bien como improbable, etc. Ha de convenirse, sin embargo, que esta solución no puede tener aquí una buena acogida, pues se trata de responder a la pregunta de si el conocimiento deficiente del autor importa algo cuando es seguro que el conocimiento es irrelevante para la decisión del autor; la respuesta se formula entonces como sigue: para una imputación completa no sería en todo caso necesario el conocimiento, que constituiría más bien (por regla general; de inmediato se hará referencia a las excepciones) un indicador de la indiferencia respecto al derecho[6]. Con otras palabras: la culpabilidad no existe porque concurran el conocimiento del tipo o el conocimiento de la ilicitud, sino porque falta lealtad al derecho; este déficit puede ser inducido a través del conocimiento, pero también de otros modos o formas que lo pongan de manifiesto. En la perspectiva del proceso, ello significa que no hay que probar el conocimiento, sino la indiferencia ante el derecho, la ausencia de relevancia de los datos para la decisión.

Las reglas de la teoría del delito son como un arbusto espinoso en medio del que obstaculiza el camino hacia esa meta. En efecto, estas reglas parecen establecer lo que ha de averiguarse para que exista dolo antes de atajar la cuestión de la culpabilidad o, lo que es lo mismo, la cuestión de la deslealtad al derecho; sin que se sepa todavía, en el tratamiento del dolo, en qué actitud del autor estriba, de tal modo que el dolo no podría depender de tal actitud. Esto no es sino una mera confusión de la forma didáctica en la que se explica la comprobación del delito con el mismo concepto de delito. El dolo de un hecho es dolo de un delito únicamente bajo la exigencia de que concurre culpabilidad. Los hechos justificados o los

---

[6] JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie,* 1992, págs. 39 y ss.

hechos en los que no existe culpabilidad nunca son hechos cometidos con el dolo propio del delito. El plano específico del derecho penal se alcanza sólo con la culpabilidad[7]: sólo comportamientos culpables desautorizan la vigencia de la norma, pues la norma nunca está vigente para —en un sentido amplio— inculpables. Por eso se puede comprobar, antes del examen de la justificación o de la culpabilidad, la indiferencia respecto al contenido del comportamiento; esto es: que la realización del tipo no era un dato relevante en la decisión del autor. Sin embargo, ello no significa que se le haya de culpar también cuando existe justificación o inculpabilidad, pues en ese caso no se trata —como se pone de manifiesto en ulteriores niveles de la teoría del delito— de una indiferencia relevante, basada en la deslealtad hacia el derecho y, por ello, no se trata de un indicador de la deslealtad hacia el derecho.

Desde hace tiempo es admitido que el conocimiento no pertenece *per se* al concepto de delito, sino sólo como indicador de la deslealtad hacia el derecho, de tal modo que la cuestión que se plantea es si todo conocimiento es indicativo de deslealtad al derecho; como respuesta sólo puede decirse que el conocimiento del que el derecho nada espera no puede ser indicativo de la infidelidad al derecho, tal como sucede en el caso de los conocimientos especiales (conocimiento que no corresponde al rol del autor[8]) o del conocimiento basado en un escrúpulo excesivo, al menos en todo caso en tanto el derecho no deba transformarse en una institución total. En este sentido puede mencionarse el ejemplo siguiente: un extranjero obtiene de un funcionario del área administrativa correspondiente y también de un abogado la información de que los juegos públicos de azar de pequeño importe económico, que no excedan de 5 euros, no requieren autorización administrativa alguna; con un exceso de escrúpulos, piensa que las informaciones tienen que ser incorrectas, puesto que en Alemania prácticamente todo lo que carece de utilidad social está prohibido; de este modo, puede decirse que tiene tan poco conocimiento *relevante* de la ilicitud como quien, después de ser

---

[7] JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, págs. 42 y ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, págs. 221 y ss.

[8] JAKOBS, *AT*, 7/9 con otras referencias.

informado, encuentra un Código penal y, al leerlo, se topa con el § 248.1 StGB. Este problema de los conocimientos especiales no ha de ser tratado a continuación; ha sido citado aquí únicamente con el objeto de poner de manifiesto la amplitud que alcanza un tratamiento del problema en una perspectiva normativa.

II. Es evidente que la regulación del desconocimiento de realización del tipo (§ 16.I StGB) atiende sólo a *una* de las dos posibles situaciones relativas a la decisión y, en particular, a aquélla en la que todo lo que ha de ser objetivamente relevante para la decisión del autor, lo es también subjetivamente: el desconocimiento muestra entonces un déficit de competencia e implica siempre el peligro de una *poena naturalis*, pues nadie puede estar seguro de las consecuencias de una decisión si no conoce las circunstancias de la misma. Por ejemplo: quien no tiene presente que la gasolina en estado gaseoso es fácilmente inflamable y enciende un cigarrillo en un recinto repleto de ese gas, difícilmente puede ser considerado como una persona que con habilidad procura su beneficio a costa de otros; más bien ha de ser considerado como un torpe incompetente. Hasta aquí no hay nada que objetar a la regulación legal. Sin embargo, el cuadro se modifica inmediatamente, si el autor no conoce la realización de tipo sencillamente porque no está interesado en ello; esto es, porque el hecho de que sea objeto de su examen o no lo sea en ningún modo es relevante para la decisión. Lo que para el que actúa en un error —incluso de modo frívolo— es una consecuencia adecuada del desconocimiento y, por tanto, la exclusión del dolo, se convierte, en el caso de la indiferencia ante los hechos, en un beneficio injustificable[9]: la falta de conocimiento de datos irrelevantes para la decisión desde una perspectiva subjetiva se convierte en fundamento de la indulgencia. Se puede cuestionar, a modo de ejemplo, si ante una norma religiosa que prohíbe comer carne «impura» tiene una mayor culpabilidad quien —tal vez con mala conciencia— se figura que lo es en el momento de

---

[9] MEZGER en BOCKELMANN y otros (edit.), *Probleme der Strafrechterneurung (Kohlrausch-Festschrift)*, 1944, págs. 180 y ss., 184; el mismo, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, págs. 45 y ss.; una posterior descripción de la «ceguera sobre los hechos» con otras referencias en JAKOBS, *AT*, 8/5 y ss. y nota 9; LESCH, *JA*-1997, págs. 802 y ss. y nota 3.

comerla o quien la saborea gozoso sin idea alguna de ello. El psicologicismo dominante desde Feuerbach[10] conduce a cargar de responsabilidad al primero; pero es dudoso que este modo de ver las cosas tenga la razón de su parte ¿Por qué debe ser la teoría de la imputación esclava de la psicología? ¡Es tan obvio que no todo desconocimiento es un error!

Desde un punto de vista histórico, resulta significativo el intento[11] de asimilar esta problemática a través de la teoría del *dolus indirectus*, cuyo contenido —dicha sea la verdad— era especialmente rico en matices[12]: los conceptos de dolo y prueba del dolo confluyen uno en otro; se trata, en realidad, de la

[10] FEUERBACH, en v. ALMENDIGEN y otros (edit.), *Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzeskunde, 2.Theil,* 1804, págs. 193 y ss.; sobre la imprudencia, en pág. 209; el mismo, en *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* 11.ª edic., 1832, § 55: conocimiento de una infracción de las reglas del deber de cuidado (aunque sólo en el tipo subjetivo de los delitos de peligro, no de los delitos de lesión); sobre ello, LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1, Abt. 1,* 1895, págs. 212 y ss., LÖFFLER critica al respecto (págs. 215 y s.) que FEUERBACH no se desprendiese totalmente del *dolus indirectus,* ya que situa el *dolus indeterminatus* sobre la base de la indiferencia respecto a cuál resultado se producirá (FEUERBACH, *Lehrbuch,* cit., § 59, nota a; el mismo, en *Bibliothek,* cit., págs. 231 y ss.). Sin embargo, FEUERBACH exige el conocimiento de todas las alternativas posibles (loc. cit.); la indiferencia sirve así para sugerir una intención alternativa. Ciertamente permanece en la sanción más elevada de la *culpa dolo determinata* un resto de *dolus indirectus*; véase también GEßLER, *Ueber den Begriff und die Arten des Dolus,* 1860, págs. 157 y ss.

[11] El intento de solución más conocido en la filosofía práctica es el aristotélico, según el cual en ello no se ha de destacar lo que el autor no ha tenido en cuenta, sino qué sucede si el ha tenido en cuenta todo; por ello, opta ARISTÓTELES (v. en GRUMACH y otros, edic., *Aristoteles. Werke in deutscher Übersetzung,* Bd. 6, Etica a Nicómaco, traducida por Dirlmeier, 6.ª edic., 1974, 1110.b) por el momento en que el autor (que es considerado como quien se mantiene idéntico; véase posteriormente, sobre la problemática en los casos de situaciones emocionales, las notas 45 y 46) tiene las consecuencias de su actuar ante sus ojos: sólo cuando considera el resultado con «desazón y pesar», lo ha causado de forma «involuntaria»; con otras palabras, sólo tiene lugar la descarga de responsabilidad, cuando no le es indiferente. LOENING señala claramente la distinción únicamente como tal «en la personalidad del autor», y sin embargo no «en la naturaleza del hecho mismo».

[12] SELLERT en SELLERT/RÜPING, *Hand— und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Band I,* 1989, págs. 247 y ss.

separación de las exigencias de la *poena ordinaria* de las de la *poena extraordinaria*; para la teoría del dolo basada en la voluntad, ha de justificarse la relación de la voluntad con las consecuencias accesorias; por lo demás, son perceptibles las repercusiones de la teoría del *versari in re illicita*. A más tardar después de la intervención de Feuerbach en favor de un tratamiento psicologizante de la cuestión[13], se abandona el mismo contenido del concepto del *dolus indirectus* por una combinación de dolo y culpa (*culpa dolo determinata*[14]), por un lado; y por el *dolus eventualis* en la forma en que lo entiende la moderna teoría de la representación[15], por otro. Así se encuentran formulaciones muy tempranas coincidentes con el compromiso formal del Tribunal Supremo Federal alemán[16], en el sentido de que quien actúa con conocimiento de las consecuencias, las quiere en un sentido jurídico. La parte que ha de considerarse más relevante de la teoría del *dolus indirectus* en una perspectiva actual es la equiparación entre *scire* y *scire posse ac debere*, adoptada por algunos autores y que —como puede descubrirse sobre todo en CARPZOV— implica la renuncia al conocimiento actual de las consecuencias[17]. CARPZOV[18] dilucida la cuestión de si a aquél que con mala intención lesiona a otro de una estocada y con ello —*præter intentionem vero ei vulnus lethale infligit, ex quo mors sequitur*— se le ha de

---

[13] Como se ha señalado en nota 10.

[14] FEUERBACH, en *Bibliothek* (nota 10), págs. 239 y ss., 243.

[15] Elaborada especialmente por KLEE (*Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld,* 1906, pág. 49) con el resultado de «que la previsión del peligro es en suma el elemento característico de la culpabilidad consciente»; en esta línea del *dolus indirectus* se sitúa también PUPPE, *ZStW*-103, págs. 1 y ss., 23 y ss.

[16] Cfr. *BGH* 7, págs. 363 y ss., 369; en un sentido similar, FEUERBACH, en *Bibliothek* (n. 10), pág. 235: «porque (...) el delincuente (...) prevé que el efecto más importante puede brotar de su acción, y con todo no omite su acción, de tal modo que lo consiente y acepta la consecuencia». Véase también la cita de Chr. WOLFF en BOLDT, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft,* 1936, pág. 211.

[17] Esta equiparación de derecho material de lo psíquicamente distinto puede ser tanto confirmada como contrastada (konterkariert) por la situación de derecho de la prueba. Sobre la mezcla de la visión jurídico material y jurídico procesal en BÖHMER, véase BOLDT (nota 16), págs. 255, 260: ni previsión ni previsibilidad, sino probabilidad de la previsión.

[18] CARPZOV, *Practicæ novæ imperialis saxonicæ rerum criminalium pars I*, 9.ª edición, 1695.

imponer una *poena ordinaria* en la medida que actúa con dolo. Finalmente, decide que existe *dolus*, porque el autor del hecho *scit, aut saltem scire debebat*, que la estocada puede desembocar en la muerte[19]; añade, además, que, a consecuencia de la estocada que criminalmente se propuso realizar, al autor se le imputará *quod inde facile succesurum erat*, porque ello *verisimiliter aut cogitavit vel cogitari potuit, aut saltem cogitare debebat*[20]. No obstante, el *dolus indirectus*[21] queda excluido en casos en que el autor trata a la víctima con escasa peligrosidad[22] (una bofetada) o en que la muerte tiene lugar como consecuencia de circunstancias fortuitas[23] (como el abandono en el cuidado de una herida que no era en sí misma letal). Por tanto, para CARPZOV no se trata solamente de acuñar como dolo las consecuencias accesorias *conocidas*, sino también de poder tratar como ocasionadas dolosamente las complicaciones ulteriores que importunan un hecho malo en sí cuando éstas *no* eran *conocidas,* pero podían y debían serlo.

El mismo CARPZOV menciona las dificultades de prueba de hechos internos[24] como un fundamento de su concepto jurídico-material de dolo, cercenado del conocimiento y la voluntad relativos a complicaciones ulteriores. En todo caso, sería precipitado colocar junto a este argumento, que hoy cuenta bastante poco en derecho[25], la idea del *versari in re illicita*, absolutamente depuesta en la imputación jurídico-penal[26] (¡la acción exige mala intención!) y dar por hecha la liquidación

---

[19] Nota (18), Qu. 1, Nr. 28.

[20] Nota (18), Qu. 1, Nr. 29.

[21] Nota (18), Qu. 1, Nr. 32.

[22] Nota (18), Qu. 1, Nr. 62.

[23] Nota (18), Qu. 1, Nr. 63.

[24] Según STINZING (en el mismo, LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 2. Abtheilung,* 1884, pág. 77), el intento de evitar las dificultades de prueba constituye la causa fundamental del desarrollo de la teoría del *dolus indirectus.*

[25] Si los hechos internos son necesarios, tienen que ser probados; *sin embargo, una sociedad funktionierende no se ab-stellt auf lo improbable.*

[26] Sobre esta base reduce GRÜNHUT (*Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlicher Zurechnung,* 1922, reimpresión de 1978, pág. 134) la teoría de CARPZOV a una interpretación menos plausible; en este sentido también PUPPE (nota 16, pág. 26). Sobre el versari in re illicita, todavía grundlegend KOLLMANN, *ZStW* 35, págs. 46 y ss.; véase también LÖFFLER (nota 10), págs. 136 y ss.

del *dolus indirectus*. El *dolus indirectus*, en la forma descrita, introduce algo de racionalidad que merece serle reconocido de nuevo: en los casos a los que se refiere CARPZOV, el autor agrede la integridad corporal de la víctima con tal intensidad que demuestra drásticamente con ello su indiferencia respecto a ese cuerpo ¿No debía serle también indiferente la vida? Así visto, el *dolus indirectus* no consiste en una vertiente del *versari in re illicita*, sino en el intento de alcanzar a la indiferencia sobre los hechos.

Esta doctrina —que en CARPZOV se muestra menos como una teoría aplicada consecuentemente que como una conclusión extraída con destreza práctica de la literatura italiana y española[27]— fue adaptada por HEGEL y algunos hegelianos, y situada en el marco de la teoría de la persona (en la terminología de HEGEL, también del sujeto). ¿Quien actúa? Para CARPZOV actúan «hombres», y cuando ellos no conocen algo, eventualmente lo hubieran podido o debido conocer; esto es: un postulado heterónomo. Para HEGEL actúan sujetos (personas con voluntad, que es «para sí infinita»[28]), y cuando no conocen algo, cabe que las condiciones de su propia constitución no fuesen suficientes, de tal modo que ellos mismos se contradicen cuando alegan su propia ignorancia; esto es, una fundamentación del *dolus indirectus* sobre una teoría de la libertad[29]. CARPZOV no presta atención a la alegación de desconocimiento; pero, para HEGEL, la misma alegación resulta

---

[27] CARPZOV toma en consideración, entre otras, la doctrina de BARTOLO (nota 18, q. 1, n. 28 y s.), según la cual se ha de responder por las Weiterung —... de lo ocurrido *si quidem delictum, quod principaliter facere proposuerat, tendit ad illum finem* (BARTOLO, citado según ENGELMANN, *Dir Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung,* 1895, reimpresión 1965, págs. 79 y ss.) y la teoría de COVARRUBIAS, para quien —en lugar del conocimiento impuesto tanto fáctica como normativamente— se trata más bien de la construcción de una voluntad indirecta (nota 18, q. 1, n. 31 y s.). Sobre la compatibilidad —no carente de problemas— de ambas teorías, cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechtes,* 1930 (reimpresión 1986), págs. 119 y ss.; BOLDT, nota (16), págs. 197 y ss.

[28] HEGEL, *Grundlinien des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse,* en GLÖCKNER (edit.), *GWF Hegel. Sämtliche Werke, Bd. 7,* 1952, § 105.

[29] HEGEL, nota (28), § 4.

imposible, pues quien la alega para sí negaría al mismo tiempo su existencia como sujeto pensante.

En lo esencial, el razonamiento de HEGEL es el siguiente: el hecho (el suceso que se ha desencadenado) se convierte en acción a través del conocimiento del autor[30], pero el dolo (Vorsatz) «que emana de quien piensa», en ese sentido llamado intención (Absicht), no queda aquí fijado en las particularidades procedentes del autor, sino que enfoca el hecho en una «relación múltiple»; en otras palabras, no depende de lo que el autor actualmente conoce, prescindiendo de la relación, sino de lo que, prescindiendo del conocimiento actual del autor, pertenece al «contenido general»[31] y, por tanto, de lo que es consecuencia necesaria (entendida como contraposición a lo contingente)[32]. ¡Intención (Absicht) es, por tanto, lo apreciable (que puede ser apreciado) vinculado como necesario[33]! Una «dispersión en particularidades y consecuencias» aborda desde luego la «reflexión subjetiva»[34], aunque con ello ignora «la naturaleza lógica de lo individual y de lo general»[35]. Además, se exige también una agresión con mala intención[36];

---

[30] HEGEL, nota (28), § 117.

[31] HEGEL, nota (28), § 119.

[32] HEGEL, nota (28), § 118. MICHELET, *Das System der philosophischen Moral,* 1928 (reimpresión 1968), pág. 91.

[33] Más detalladamente sobre esta cuestión, LESCH, nota (7), págs. 140 y ss., también con cita de escritos posteriores de la filosofía del derecho de HEGEL.

[34] HEGEL, nota (28), anotación al § 118. BERNER no asumió la teoría del *dolus indirectus,* tal como se observa en *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre,* 1843 (reimpresión 1963), pág. 259 y en *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa,* 1847 (reimpresión 1996), págs. 126 y ss. (aquí con una crítica a MICHELET). Ciertamente, para BERNER «la objetividad comprende en sí la voluntad» (*Teilnahme,* pág. 122), pero la voluntad no comprende a la objetividad (comprensión implica aquí sumisión del término que comprende al otro) de tal modo que, en consecuencia, la acción queda sin «parte general» (HEGEL, § 119). La teoría de HEGEL de la intención resulta devaluada, y, aunque todavía el *dolus indirectus* es significativo para la prueba del dolo, no lo es como presunción (*Teilnahme,* págs. 131 y ss.), sino como un mero indicio (*Teilnahme,* pág. 138).

[35] HEGEL, nota (28), anotación al § 119.

[36] Cfr. en particular MICHELET, nota (32), pág. 94; KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts, Erste Abtheilung, AT,* 1855 (reimpresión 1978), págs. 244 y ss.; en contra, BERNER, *Teilnahme,* nota (34), pág. 133. Sobre un

en efecto, como justificación se encuentran sólo delitos intencionales (incendio y homicidio).

III. La antigua teoría del *dolus indirectus*, pese a lo correcto de su idea fundamental —el hecho de no asumir en el conocimiento datos de fácil percepción como consecuencia de la indiferencia no puede implicar descarga de responsabilidad— fue tan incorrectamente desarrollada que no pudo resistir ni al vigoroso psicologicismo de Feuerbach[37], en un principio, ni al naturalismo del último tercio del siglo XIX. A mediados de siglo, HÄLSCHNER se percata, asombrado, de que «la opinión de FEUERBACH» haya «permanecido hasta los últimos tiempos incluso en quienes no siguen su teoría de la pena y su teoría de la culpabilidad»[38]; con otras palabras: se persiste en el aferramiento a los hechos psíquicos, aunque no exista ya ninguna conexión funcional de éstos con la pena. Este desarrollo, al que se ha hecho referencia antes, es incorrecto en la medida que es en parte demasiado estricto y en parte demasiado amplio. (1) Por un lado, el perímetro del *dolus generalis* es trazado de un modo demasiado restringido cuando requiere un ataque con mala intención, pues pese a que la indiferencia respecto a bienes ajenos puede ser inducida frecuentemente —no siempre, como se indicará de inmediato— a través de tales ataques, no sólo puede serlo a través de ellos. Cuando el autor, deliberadamente y en la esfera de sus propios intereses, se decide por una acción, sin haber incluido en la deliberación la realización del tipo que fácilmente se podía haber representado, resulta irrelevante si la acción es un hecho antijurídico o autorizado. Por ejemplo: quien destruye un automóvil y no

---

ulterior desarrollo al respecto, véase KÖSTLIN, *System*, págs. 195 y ss. (§ 74 notas 1 y 2); HÄLSCHNER, *System des preußisches Strafrechts, Erster allgemeiner Theil des Systems*, 1858, págs. 131 y ss. (anotación al § 34); especialmente también LÖFFLER, nota (10), págs. 221 y ss.

[37] «La ley penal surte efecto... psicológicamente... De ello se deriva que toda la ley y toda pena requiere como condición 1) Conciencia y conocimiento de la ley penal... 2). Subsunción del hecho cometido bajo la ley. ... 3) El hecho tiene que estar... fundado en el deseo del sujeto» (FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Zweiter Teil*, 1800, reimpresión 1966, págs. 43 y ss.). A este respecto, cfr. GRÜNHUT, nota (26), págs. 203 y ss.; LESCH, nota (7), págs. 61 y ss.; el mismo, nota (9), págs. 803 y ss.

[38] Nota (36), pág. 134.

cae en la cuenta de que el aceite que fluye de él con toda seguridad ensuciará aguas subterráneas, no debe ser tratado de una forma distinta a la que correspondería a un ataque antijurídico contra un artefacto ajeno[39]. (2) Por otro lado, el perímetro del *dolus generalis* es demasiado amplio cuando abarca también casos de planificación defectuosa, en los que el autor no ha calculado si él mismo saldrá airoso de un modo tolerable; en la medida que él no resulte perturbado por el hecho, demostraría en todo caso su «fortuna», pero no su capacidad para configurar el mundo de un modo competente. También aquí se puede proponer a modo de ejemplo el siguiente: quien destruye una cazuela que contiene un líquido corrosivo con el objeto de dañar al propietario, no tiene por qué haber pensado que el fluido también dañará al parquet, como tampoco que él mismo resultará lesionado[40].

Desde un punto de vista comunicativo se puede formular lo siguiente: el autor doloso interpreta (al menos, en cuanto a las consecuencias accesorias), de acuerdo con su valoración como autor, que el riesgo de realización del tipo no es relevante para la decisión en ningún modo, o que no lo es a la vista del contexto existente en la actualidad. Por el contrario, el autor imprudente, descuidado, define la situación en la que actúa de modo incompleto; esto es, sin el riesgo existente que tendría que haber sido considerado según su valoración, por lo cual esta toma en consideración se podía haber solventado también en una decisión *en favor* del hecho: la decisión del autor imprudente se caracteriza por una base reducida y no porque hubiera evitado la realización del tipo en caso de dolo. El autor indiferente define también la situación de modo incompleto, pero no por descuido, sino porque lo no captado no es relevante para la decisión desde un punto de vista subjetivo. La base de la decisión es, según su criterio, completa; lo que no se ha tenido en cuenta es ni más ni menos que indiferente. La línea divisoria que resulta determinante en la medida de la culpabilidad no discurre entre el conocimiento de la realiza-

---

[39] BERNER, *Teilnahme,* nota (34), págs. 132 y ss.

[40] Otra cosa sucede cuando él actúa después de haberse procurado prudentemente una vestimenta de protección, pues entonces ha calculado *únicamente* sus intereses y se comporta, respecto a la realización del tipo, con indiferencia.

ción del tipo y su desconocimiento, sino entre la ausencia de relevancia para la decisión, desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo conocida o cognoscible; y la relevancia para la decisión, también desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo cognoscible. En resumen: se trata por eso de ausencia de relevancia para la decisión de una realización del tipo que al menos sea cognoscible *versus* error.

Esta es la distinción conceptual entre la culpabilidad más grave —*dolus*— y la más leve —*culpa*—. En el ejemplo inicial del *dolus indirectus*, en el que se aludía a un estoque impetuoso sobre el cuerpo del otro, se decidió CARPZOV —se prescinde de configuraciones extravagantes del caso— correctamente por la *poena ordinaria* como consecuencia de un homicidio doloso[41]: desde un punto de vista conceptual, ello no depende de la anticipación de la muerte en el pensamiento del autor. El *dolus indirectus* responde al concepto de dolo; no es sólo un medio de presunción del dolo, ni un simple caso en el que se endosa el conocimiento, como tampoco se trata —y en menor medida— de imprudencia muy grave. Antes bien, queda cimentada la ausencia de relevancia para la decisión de la realización del tipo y ciertamente no sólo como un pronóstico (un proceso de decisión que llegase a la decisión de sobre lo irrelevante), sino con carácter actual (sobre lo irrelevante se decidió positivamente, pues de otro modo lo hubiera previsto el autor). Resta la cuestión de cómo han de comprobarse las formas de culpabilidad, y la respuesta indica que no ha de hacerse de un modo distinto a la revelación indiciaria en el marco de la usual —aunque también ambigua— separación entre conocimiento y desconocimiento. La irrelevancia para la decisión puede constituir un punto de partida cuando el conocimiento de la realización del tipo era tan fácil de percibir para el autor como la implicación de sus propios intereses que él ha tenido bastante en cuenta; y viceversa, existe un error cuando el autor no ha ponderado en su plan la implicación de sus propios intereses, que no resulta más lejana que la realización del tipo. Un ejemplo: Un inquilino intenta abrir una ventana en la casa de alquiler haciendo volar el muro, y la casa se derrumba; existe grave imprudencia respecto a las personas que viven en

[41] Cfr. notas precedentes 18 a 23.

la casa y al propietario y una gravísima infracción de sus obligaciones, pero no *dolus indirectus*. Prácticamente se tratará como *dolus indirectus*, como indiferencia, el conocimiento endosado directamente a la salvaguardia asegurada simultáneamente de los intereses del autor; teóricamente, bastarían también probabilidades lejanas, en cuanto sean suficientes para el dolo.

Por tanto, existe indiferencia respecto a la realización del tipo cuando el autor, de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquéllos en los que se ponen en juego sus intereses. Estos intereses, por definición, tendrían que ser de importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses. Por ejemplo: quien «mata» el tiempo, no sacrifica tiempo valioso. En esta ponderación subjetiva puede estarse, en su caso, a la constancia de la planificación selectiva de consecuencias de la acción que son de interés para el autor y a lo que se le ha de culpar a él en tanto implique indiferencia, así como a la realización del tipo del mismo modo que a la parte del complejo calculada por el autor. Por ejemplo: si un autor caprichosamente persigue sólo fines carecen de valor desde un punto de vista jurídico y que sólo a él le interesan, o que son antijurídicos[42], y lo hace con una planificación precisa sin tomar en consideración una realización del tipo que le importunaría, la planificación para la persecución de sus propios intereses indica la indiferencia respecto a la realización del tipo.

De otro modo sucede, desde luego, cuando pueden inducirse una planificación defectuosa y el peligro de una *poena naturalis*: los intereses exclusivamente subjetivos tienen tan sólo el peso que el autor les atribuye, y así es posible que el mismo autor experimente el fracaso en el logro de su pretensión como una *poena*[43], aunque también cabe que, defraudado, se dedique a otros cometidos razonables. Si el autor persigue los caprichos o fines que jurídicamente carecen de valor a

---

[42] Sobre la falta de valor de las posiciones antijurídicas, cfr. JAKOBS, *Festgabe für Gerd Geilen*, 2002 (en prensa).

[43] Esto es: realización desde un punto de vista subjetivo, pese a que se carece de toda significación desde un punto de vista objetivo. En la esfera de los delitos contra el patrimonio, cfr. BGH, NStZ 2001, pág. 534: el comportamiento delictivo no tiene *per se* ningún valor económico.

los que se ha aludido antes, pero lo hace, en cierto modo, sin planificación, ello no tiene necesariamente el significado que se equivoque y se exponga al peligro de una *poena naturalis*, porque siempre cabe la posibilidad de que considerase que su fracaso no constituye un daño digno de ser tenida en cuenta. Por eso, el autor obra sin planificación sólo cuando pone en juego sin un cálculo suficiente sus propios intereses objetivamente (así como subjetivamente) significativos, y se expone de ese modo al peligro de una *poena naturalis*, que lo es no sólo según su percepción, sino también de acuerdo con un juicio objetivo. Así, quien pone en juego su vida, su cuerpo o su propiedad, así como su libertad, puesto que en la comisión del delito se topa con la policía y se pone en sus manos sin que ello fuese calculable, demuestra su incompetencia y se comporta en consecuencia de forma —tal vez altamente— descuidada, pero no indiferente[44].

Una última dificultad para la definición de la indiferencia ha de ser mencionada: así como un hecho con dolo directo —en su caso, también eventual— no es eliminado aunque el autor después lo haya lamentado, tampoco queda suprimido un hecho cometido con *dolus indirectus* cuando el autor, con posterioridad, se distancia de su indiferencia. Esto es: si en la exclusión del dolo directo, una perturbación del discernimiento provocada por un estado pasional tiene una escasa influencia[45], lo mismo sucedería respecto al dolo indirecto. Por ejemplo: quien embiste el cuerpo de su enemigo con un gran cuchillo para lesionarle, actúa asimismo con dolo de homicidio indirecto; también si el hecho ha sucedido en un estado de agitación pasional y el autor, *cuando vuelve en sí y, por tanto, como otro sujeto que valora el hecho*, considera como una catástrofe tanto la aniquilación de la víctima como la destrucción de su

---

[44] Algunos de los argumentos del Tribunal Supremo federal alemán sobre el «umbral de contención» en los delitos de homicidio (por ejemplo, BGHSt. 36, 1, 15, con otras citas) pueden relacionarse con las últimas ideas esbozadas: si no es plausible aceptar el dolo cuando la realización del tipo supone una catástrofe para el autor en su estado actual, se habrá concebido el dolo como «conocimiento y voluntad» o —del modo que se está manteniendo aquí— como indiferencia, pues entonces el autor no habría obrado sin error (cfr. nota 47). Sin duda, la sentencia citada se encuentra muy próxima a la indiferencia.

[45] Cfr. JAKOBS, *Allg. Teil*, 18/17 con más referencias.

propia existencia civil y, de igual forma, la indiferencia respecto a la realización del tipo y respecto a sus propios intereses vigentes a largo plazo[46]. Indiferencia y déficit de discernimiento pueden yuxtaponerse[47], lo que quiere decir dos cosas: permanece la posibilidad de que exista *dolus indirectus*, pero en casos de competencia limitada o defectuosa por estados de agitación emocional también lo es la atenuación o la exclusión de la pena.

IV. No se ha de mantener que con lo hasta ahora expuesto se desarrolle una teoría del dolo indirecto. A lo más se han trazado con una cierta vaguedad sus contornos, y serán necesarios todavía muchos esfuerzos para hacerla practicable, especialmente para que pueda ser utilizada con pleno rendimiento, sobre todo, en casos de desviaciones del dolo: si, *per se*, el *dolus indirectus* es suficiente para que exista responsabilidad por dolo, puede también sustituir al *dolus directus*, que no ha tenido lugar en un curso causal objetivo. Algunos ejemplos al respecto pueden ser citados: (1) si el autor, que quiere ahogar a la víctima, no advierte por indiferencia que el arrojado desde el puente podía estrellarse contra un saliente del pilar, comete un homicidio doloso, del mismo modo que (2) en el caso de la consumación anticipada, cuando el autor, indiferente, no toma en consideración la mortalidad del golpe propinado con el objeto de dejar a la víctima aturdida. La posibilidad de traslación a casos de (3) *aberratio ictus* y de (4) *dolus generalis* es clara.

¿Puede entonces la indiferencia, ahora mismo y de *lege lata*, hacer causa común con el dolo, y, por tanto, abarcar el *dolus* al *dolus indirectus*? La respuesta se antoja algo insegura. El menor obstáculo es el texto del § 16.I StGB alemán: quien interpreta el precepto ligeramente, en el sentido de que comprende también el caso de desconocimiento de aquellos ele-

---

[46] Lo que significa, conceptualmente, el abandono actual de dichos intereses.

[47] El Tribunal Supremo federal alemán lo pasa por alto en la aplicación del «umbral de contención» como límite del dolo (v. nota 44): aquél que ha perdido el discernimiento, no advierte en su estado actual el «umbral de contención», pues de lo contrario no carecería de discernimiento; véase por ejemplo las sentencias BGH NstZ 1983, 406 («cólera»); 1988, 175 («furia»); 1988, 361.

mentos del tipo cuya realización es para el autor irrelevante para la decisión, desatiende el primer mandato de la interpretación objetiva; esto es, interpretar las leyes de tal modo que se obtengan resultados consistentes. En cuanto al artículo 14.1 y 3 del Código penal español, éste se refiere expresamente a un *error* del autor; si con ello son designados de modo contundente casos de desconocimiento evitable de datos irrelevantes para la decisión, es cuanto menos cuestionable. Tampoco constituyen un obstáculo las reglas de autoría y participación (§§ 25 y ss StGB), pues una teoría de la participación que ha integrado en sí la imprudencia[48] desde hace mucho tiempo no supone dificultad alguna para el *dolus indirectus*. De igual modo ha de concluirse respecto a la regulación de la tentativa, que también podría ser aplicada a la imprudencia, pues tanto en ella como en el caso del *dolus indirectus* tiene el autor una «representación del hecho» como acción, la cual ha tenido como consecuencia la realización del tipo —allí por causa del error, aquí por la indiferencia— que no había sido advertida. ¡Todo ello son *cura minores*! Un problema más serio a tener en cuenta es el de los delitos cualificados por el resultado (§ 18 StGB) —una herencia de FEUERBACH y que podrían ser entendidos como *leges speciales* a término...—. En efecto, estos delitos comprenden sólo peligros *específicos* como consecuencia de su vinculación al delito básico y no sólo en el caso de la indiferencia (para la que el delito básico no podría constituir ni un indicio suficiente ni necesario). Se podría argumentar que los delitos cualificados por el resultado regulan la causación imprudente y por error del resultado más grave, y no cuando éste tiene lugar por indiferencia. La indiferencia respecto al tipo, desde este punto de vista —el § 16 comprende sólo la parte del error— no está regulada en el derecho positivo y consecuentemente ha de ser tratada de acuerdo con los principios que deja ver la ley; el principio decisivo sería evidentemente la mera atenuación facultativa prevista en el § 17.2 StGB: el desconocimiento derivado de la indiferencia, desconocimiento evitable de datos que desde una perspectiva

---

[48] Sobre la coautoría imprudente, cfr. OTTO, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.ª edic., 2000, 21/114 y ss., con más referencias; sobre la participación en general, JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/111 y ss.

subjetiva son irrelevantes para la decisión, no es un error[49] y no provoca una descarga de la responsabilidad.

En realidad, los delitos cualificados por el resultado constituyen un escándalo, pues se refieren a la figura delictiva de la acción básica. Al respecto pueden citarse algunos ejemplos. Quien quiere robar o extorsionar a su víctima con una pistola que pone ante ella, puede ser sancionado, en el caso de que el arma se dispare, con cadena perpetua (§§ 249, 251 StGB; §§ 255, 251 StGB); si el autor, sin embargo, quería sólo coaccionar a la víctima sin que ello tuviese ninguna relación con el patrimonio, puede ser sancionado a una pena de privación de libertad que no supere los cinco años de prisión (§§ 222, 240.1,4 StGB). Quien rocía a su víctima con ácido, de tal modo que ésta queda desfigurada, puede ser sancionado con una pena de diez años de privación de libertad; quien, en ese caso, pensaba únicamente provocar con la corrosión un par de orificios en la fina camisa de la víctima, en ningún modo puede ser condenado a más de tres años de prisión (§§ 229, 303 StGB). Todos estos ejemplos —y muchos más— aparecen como una crasa disonancia y, por ello, como crasa injusticia; y tiene que ser así, pues el desconocimiento de un principio *general* no puede ser compensado con reglas *especiales*.

Una cierta vaguedad, cuando se aborda por primera vez una materia olvidada durante aproximadamente dos siglos, es inevitable: el desarrollo de una institución de la cultura jurídica no puede reelaborarse de modo virtual; por eso son tan herméticas las relaciones de las instituciones entre sí. La ciencia jurídica, desde más o menos hace cien años, cree poder distanciarse a través de un concepto normativo de culpabilidad de la afirmación de FEUERBACH de que «nuestro derecho criminal» está, «como es sabido, unido en lo más íntimo con la psicología»[50]. Sin embargo, permanece en una situación inconsecuente cuando se da por satisfecha con una normativización del concepto de culpabilidad: las categorías de lo normativo se superpusieron a las de la psicología, y la ciencia se limitó a la repetición de textos legales, en lugar de conducir lo dicho en

---

[49] En tanto que la terminología del § 17.2 StGB es incorrecta; véase nota 3.

[50] FEUERBACH, en *Bibliothek* (nota 10), pág. 193.

la ley al plano del concepto. La quiebra entre la regulación normativa del § 17 StGB y la psicológica del § 16 StGB sólo puede ser salvada si el § 16 StGB queda limitado al caso en el que armoniza con el § 17 StGB; esto es, al caso del *error* y, por tanto, no al caso del *desconocimiento por indiferencia.*

CAPÍTULO VIII
LA DENOMINADA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*[1]

I. 1. El problema de la *actio libera in causa* se puede sintetizar en *una* pregunta: ¿sucede a la *causa libera* realmente una *actio*? Por mencionar el ejemplo más generalizado, a la conducta de quien se embriaga hasta la incapacidad de culpabilidad con conocimiento de lo venidero, y mata a continuación a una persona sin causa de justificación, ¿le sucede un comportamiento jurídico penalmente relevante? La respuesta parece indiscutible: el incapaz de culpabilidad realiza según las reglas *ordinarias* de imputación, por lo menos un injusto y ejecuta, en ese sentido, una *actio*[2] que se tendría que poder relacionar con la *causa libera,* aplicando reglas extraordinarias de imputación; éste es el contenido mínimo de aquellas teorías en las que realmente se trata de una *actio libera in causa* con una literalidad más o menos rigurosa, siendo éste, asimismo, el modo de proceder del homenajeado, NISIHIBARA, en sus explicaciones encauzadas a la solución del problema[3]. Algunas teorías contienen, además, argumentos específicos según los cua-

---

[1] Título original: *Die sogenannte* actio libera in causa; artículo publicado en *Festschrift für Nisihibara,* 1998. Traducción de Pilar GONZÁLEZ RIVERO, Ayudante científica en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn. Publicada en la Revista del Poder Judicial núm. 50, segundo trimestre 1998.

[2] Esto constituye opinión mayoritaria incluso con independencia de la solución al problema de la *actio libera in causa;* últimamente HERZBERG, en SEEBODE (ed.), *Spendel-Festschrift,* 1992, págs. 203 y ss., 205; NEUMANN, en HAFT y otros (ed.), *Arthur Kaufinann-Festschrift,* 1993, págs. 581 y ss., 592; LK/JÄHNKE, JÄNKEY otros (ed.), *Leipziger Kommentar,* 11.ª edición, 1992 y años consecutivos, § 20 nota marginal 76; HRUSCHKA, *JZ* 1996, págs. 64 y ss., 66; STRENG, *JZ* 1994, págs. 709 y ss., 712; SCHILD, en: SCHMOLLER (ed.), *Triffterer-Festschrift,* 1996, págs. 203 y ss., 205 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Die* «actio libera in causa»: *ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswinssenschaft,* 1992, págs. 27 y ss.; STRATENWERTH, en DORNSEIFER y otros (ed.), Armin KAUFMANN *Gedächtnissch-rift,* 1989, págs. 485 y ss., *passim;* en contra de la utilidad de ese punto de vista, *infra* II.

[3] Agradezco al colega Sr. Kazuhiro ONODERA, Fukuoka, por hacerme

les se podría contemplar el injusto subsiguiente a la pérdida de la capacidad de culpabilidad (realizado sin culpabilidad, de acuerdo con las reglas *ordinarias*), incluso, como un comportamiento culpable conforme a las reglas de imputación *extraordinaria.* Por su parte, según otras posiciones doctrinales, resultaría irrelevante la cuestión relativa a si lo siguiente supone verdaderamente un injusto, analizado de acuerdo a las reglas *ordinarias,* más bien, en los supuestos de la *actio libera in causa* se debería evaluar, conforme a reglas *extraordinarias* de imputación, no sólo qué es culpabilidad, sino también qué es acción. Si se combinaran todos los modelos de imputación señalados (lo que ciertamente, según resulta apreciable, no ocurre en la doctrina en relación a los delitos de comisión), se tendría que poder contemplar como comportamiento culpable —conforme a las reglas *extraordinarias*—, aquel que de acuerdo a reglas *ordinarias,* no constituiría injusto o ni tan siquiera acción.

Junto a la línea aclarativa, elementalmente esbozada en lo referente a su amplitud (no a su contenido), que separa la *libera causa* de la *actio,* es decir, aquella que responde afirmativamente a la pregunta planteada al comienzo, existe otra[4] para

---

partícipe de las posiciones defendidas en Japón y, en especial, de la posición de NISIHIBARA.

[4] Debe ser mencionada aún una tercera opinión, según la cual todos los intentos de solución deberían ser inadmisibles debido a la falta de una decisión del legislador: PAEFFGEN, *ZStW* 97, págs. 513 y ss., 524; HETTINGER, *Die* actio libera in causa: *Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?,* 1988, págs. 436 y ss., 450 y ss.; el mismo, *GA,* 1989, págs. 1 y ss., 19; SALGER/MUTZBACHER, *NStZ* 1993, págs. 561 y ss., 565. En contra de esto hay que señalar, que la teoría de la imputación de la Parte General es un fragmento —¿dónde están regulados la causalidad, el límite del riesgo permitido, del principio de confianza o del consentimiento, el error sobre los requisitos de una causa de justificación o el concepto positivo de la culpabilidad, etc.?— y puede además serlo, ya que, debido a su generalidad, es menos idónea que un tipo delictivo de la Parte Especial para afectar a la objetividad (SCHREIBER, *Gesetz und Richter,* 1976, pág. 219) perseguida por el artículo 103 párr. 2.º de la Ley Fundamental, o del § 1 StGB* (más detalladamente, JAKOBS, *Strafrecht,* AT, 2.ª edición, 1991, 419). Por lo demás, la opinión esbozada fracasa, a más tardar, en el ámbito de la omisión: quien pone en peligro su imputabilidad mediante preparativos especiales, debe impedir su pérdida, o responde de las consecuencias que estén dentro del ámbito de protección de ese deber (injerencia). La contrarrépli-

la cual la expresión de *actio libera in causa* describe únicamente una metáfora[5] la *libera causa* supondría ya la *actio*[6]; todo lo que la sigue podría ser imputado, exclusivamente, como consecuencia de esa *actio libera.* La duda relativa a si lo siguiente constituye, a su vez, un comportamiento ilícito o —tanto en relación a la pérdida de capacidad de acción como a la justificación en el momento posterior— ni siquiera eso, supone, para esta línea aclarativa, una cuestión relativa al fenotipo[7] de lo que en realidad —según el genotipo— es igual: sea como fuere, en verdad siempre se trata de falta de libertad. La pregunta inicial se responde, por tanto, afirmando que todo lo que le sigue a la *causa libera* interesa solamente como curso causal, no, sin embargo, como *actio* (si es que se le puede denominar *actio*).

2. Antes de pasar a la discusión de estos intentos de aclarar la problemática, es conveniente hacer algunas observacio-

---

ca, según la cual se excluiría una responsabilidad por omisión «pese a la incapacidad de culpabilidad debido a la capacidad de acción aún existente y al dominio del suceso por el autor» (SALGER/MUTZBACHER, pág. 565 nota 66; asimismo HETTINGER, en SCHLÜCHTER (ed.), *Geerds-Festschrift,* 1995, págs. 623 y ss., 643 nota 112), pasa por alto, que la expectativa normativa, de que el capaz de culpabilidad mantendrá el dominio, se ve frustrada. [* El art. 103, párr. 2.° de la Ley Fundamental y el § 1 del Código Penal alemán (StGB) regulan el principio de legalidad. N. T.].

[5] Más estricta es la postura de HRUSCHKA, (nota 2), pág. 66. para quien el empleo de la palabra «no resulta semánticamente conveniente».

[6] Según una solución intermedia, la *actio* debería comenzar en el momento de la *causa libera.* SCHMIDHÄUSER trata la *causa libera* como lesión de una «exigencia de cuidado» y en ese sentido como contraria al deber *(Strafrecht,* AT, 2.ª edición, 1975, 2/30, 36), y ello, no porque lo consecutivo no sea llevado a cabo por un responsable, sino porque los preparativos delictivos, incluso cuando resulten de un comportamiento que no exceda el riesgo permitido, serían incompatibles con dicha exigencia (nota 2, págs. 31 y ss.); en la preparación se trataría de un «actuar precedente (comprendido en el tipo del injusto)» (nota 2, pág. 68). SCHMIDHÄUSER reglamenta los ámbitos internos de los círculos organizativos de las personas, mediante la «exigencia de cuidado» ampliada en dicha forma, lo cual es incompatible con un concepto de Derecho —que se ha dado por supuesto de manera tácita— como orden de la libertad *externa* de las personas (véase JAKOBS, *ZStW97,* págs. 751 y ss.). En relación a la extensión del tipo de culpabilidad hasta la *causa libera* STRENG cfr. *infra* nota 21.

[7] Los conceptos de fenotipo y de genotipo son utilizados por el autor como equivalentes a apariencia exterior y contenido respectivamente (N. T.).

nes acerca del concepto de incapacidad de culpabilidad. Conforme a la concepción que aquí se sostiene, aquélla debe diferenciarse rigurosamente de la inexigibilidad. Nos encontramos ante un supuesto de inexigibilidad cuando el comportamiento sin duda incorrecto de una persona, no es discutido como tal, al menos en Derecho penal, ya que aquél puede ser interpretado —sin que ello suponga una lesión para la vigencia general del Derecho— como la consecuencia de una situación extraordinaria, pudiendo ser ésta personal (como en el estado de necesidad exculpante supralegal[8] en cierto modo, también en el auxilio al estado de necesidad exculpante) o existencial (miedo por la propia vida; estados pasionales asténicos en el exceso en la legítima defensa). Si tal interpretación supusiese un peligro de menoscabo para la vigencia del Derecho se abandonaría inmediatamente y se solucionaría el conflicto considerando como tal la incorrección del comportamiento de la persona (así por ejemplo, en la causación del peligro o en los supuestos de relación jurídica especial, en lo referente al estado de necesidad exculpante; en el exceso en la legítima defensa putativa). Por el contrario, en la incapacidad de culpabilidad falta, en sentido estricto, una persona que se manifieste competente para la vigencia de la norma; la persona se ha disuelto —temporalmente o a perpetuidad— o —aún— no se ha formado. Esta visión debería resultar incuestionable en relación a los psicóticos; en los casos de embriaguez, la intoxicación alcohólica tiene que presentarse en tal medida que —como en la psicosis profunda— la personalidad haya sido destruida[9].

Resulta evidente que los ejemplos que generalmente se ponen en relación a la *actio libera in causa* —alguien bebe hasta estimularse o bebe para, embriagado, llevar a cabo algo—, apenas podrían ser analizados adecuadamente según este concepto de incapacidad de culpabilidad. Precisamente el comportamiento del incapaz de culpabilidad no se puede pronosticar de acuerdo con los planes del capaz de culpabilidad; en cualquier caso, no existe regla alguna que permita afirmar que el incapaz vaya a llevar a cabo lo que, anteriormente, haya

---

[8] JAKOBS (nota 4), 20/39 y ss.

[9] Sobre el conjunto de esta problemática JAKOBS (nota 4), 18/5, 14-16.

deseado el capaz de culpabilidad. Asimismo aporta poco la acostumbrada dicción relativa a una desinhibición. ¿Qué inhibiciones se revelan?, ¿las anteriores al comportamiento criminal u otras, como por ejemplo dejar de ser un «hombre duro», para comportarse como un vividor pacífico y despreocupado? Cuestionado de manera ejemplificativa: ¿cómo es que los ladrones viven más desinhibidos que aquellos que carecen de pretensiones? La dirección del comportamiento puede quedar condicionada mediante impulsos desinhibitorios, a lo sumo, en aquellos estímulos no motivados culturalmente (hambre, instinto sexual). Así pues, considerando lo dicho, subsisten principalmente aquellas configuraciones de casos en las cuales quien se embriaga debe saber, con motivo de vivencias precedentes, a qué es propenso en estado de embriaguez y, no obstante, se embriaga de nuevo.

II. 1. El modelo de la argumentación que va a ser examinado en primer lugar, dentro de lo que arriba se denominó primera línea aclarativa (I.1.), en virtud de la cual ha de diferenciarse entre la *causa libera* y la *actio*, es entendido por sus autores[10] como excepción al principio de coincidencia, esto es, como excepción a la exigencia de la existencia de culpabilidad «en el momento del hecho» (§ 17 frase 1.ª[11], § 20[12] StGB); para

---

[10] HRUSCHKA, *SchwZStr* 90 (1974), págs. 48 y ss., 61 y ss.; el mismo, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode,* 2.ª edición, 1988, págs. 343 y ss. y *passim;* (si bien recientemente entiende la admisibilidad de la excepción como violación del principio nullum-crimen); el mismo, (nota 2), págs. 67 y ss.; el mismo, *JZ* 1997, págs. 22 y ss., 24; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, AT,* 5.ª edición, 1996, § 40.VI; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortungsbegriffs; Relationen und ihre Verkettungen,* 1988, págs. 35 y ss., 163 y ss.; LK/JÄHNKE (nota 2), § 20 nota marginal 76; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT,* 5.ª edición, 1996, 13/24 y ss.; SHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (LENCKNER y otros, *Strafgesetzbuch,* 24.ª edición, 1991) § 20 nota marginal 35; STRATENWERTH (nota 2), págs. 493 y ss., 495.

[11] El § 17 prescribe: «*Error de prohibición.* Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.1» El 49 regula los motivos especiales de atenuación legal de la pena (N. T.).

[12] El § 20 dispone: «Incapacidad *de culpabilidad.* Actúa sin culpabilidad quien en el momento de la comisión del hecho es incapaz de comprender

esta imputación especial no regiría el principio de coincidencia, sino un modelo según el cual primero se tendría en cuenta la culpabilidad y después el hecho[13]. Como fundamento para esta teoría se alega —además de su respetable antigüedad[14]— que sólo una solución conforme a la primera línea aclarativa posibilitaría la punición en aquellos supuestos en que el delito consista, no en la causación efectuada de cualquier manera de determinados resultados (ocasionar, de alguna forma, una muerte, una sustracción o un engaño), sino en la ejecución de una secuencia de comportamiento fijamente descrita[15] (jurar, conducir un vehículo). Además, este argumento sería correcto, si se aceptaran como inequívocos los principios fundamentales sobre los que se basa dicha teoría[16], ya que la anulación de la capacidad de culpabilidad o cualquier otra manipulación del defecto de imputación se puede tener en cuenta como un paso en el trayecto hacia determinadas consecuencias, pero no como la ejecución de una secuencia de comportamiento, igualmente determinada, que ni siquiera ha comenzado[17].

Ahora bien, ¿resultan tales principios incuestionables? En

---

lo antijurídico del hecho, o de obrar según esa comprensión, por una perturbación patológica de la mente, una perturbación profunda de la conciencia, debilidad mental o cualquier otra alteración mental grave» (N. T.).

[13] Aquí permanece sin resolver la cuestión relativa a si el dolo y la imprudencia tienen que referirse a la *causa libera* (la posición correcta) o a la *actio* o a ambas; a este respecto, JESCHECK/WEIGEND (nota 10), § 40.VI.2 con referencias.

[14] DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter,* 1931, págs. 254 y s., 259 y ss.; HRUSCHKA, *SchwZStr* 90 (nota 10), págs. 55 y ss.; el mismo, *Strafrecht,* (nota 8), págs. 343 y ss.; JOERDEN (nota 10), págs. 16 y ss., cada uno de ellos con referencias; HETTINGER, *Die* «actio libera in causa», (nota 4), págs. 61 y ss., con detallada exposición de la historia legislativa de los últimos doscientos años, págs. 79 y ss.

[15] HRUSCHKA, *SchwZStr* 90, (nota 10), pág. 66; el mismo, *JuS* 1968 (nota 10), págs. 5 56 y s.; el mismo, *JZ* 1996 (nota 2), págs. 64 y ss.; el mismo, *JZ* 1997, (nota 10), pág. 22; LK/JÄHNKE (nota 2), § 20 nota marginal 77.

[16] SALGER/MUTZBACHER (nota 4), pág. 563 utilizan también ese argumento para rechazar en general la *actio libera in causa;* se excluiría, precisamente, una aplicación uniforme a todos los delitos.

[17] Ésta es la afirmación principal de la sentencia del BGH*, *NJW* 1997, págs. 138 y ss., 139 y s. (*NStZ* 1997, págs. 228 y ss.; *JZ* 1997, págs. 50 y ss.; *StV* 1997, págs. 21 y ss.; próximamente también en la colección oficial de la Sala de lo Penal del BGH); ya anteriormente LG Münster NStZ-RR 1996, pág. 266. [* BGH: Bundesgerichtshof.— Tribunal Supremo Federal, N. T.].

otras palabras: ¿admite excepciones el principio de coincidencia? Para resolver esta cuestión es necesario plantear otra pregunta: en los supuestos básicos de emanación de un curso dañino, por ejemplo en el disparo de un proyectil o en el azuzar a un perro ¿por qué no se considera aquello que le sigue a la emanación (el acierto del proyectil, la mordedura del animal), como una verdadera realización del tipo de la que resultaría, al añadirle la culpabilidad del momento de la emanación, una realización culpable del tipo? Si se procediese de tal manera se eliminaría, después de todo, el principio de coincidencia para los delitos de resultado. Ciertamente nadie procede así y ello debido a que aquello que sigue a la emanación es, evidentemente, naturaleza pura[18], es decir, algo que no puede ser concebido por sí mismo como una perturbación social (si bien puede que la naturaleza sea consecuencia de dicha perturbación). La naturaleza no agrede norma alguna. Una excepción al principio de coincidencia sería, por tanto, únicamente (!) discutible, si aquello que sigue a la emanación constituyese otra cosa distinta a mera naturaleza. En efecto, lo «otro» no podría ser equiparado a una simple asociabilidad de culpabilidad precedente, como podría darse en los supuestos del comportamiento de un embriagado; pues, también al estado de la naturaleza puede asociarse una responsabilidad precedente: el proyectil certero remite a quien dispara, lo cual permite aproximarse hasta la teoría del *corpus delicti*[19]. Por el contrario, lo «otro» tendría que ser caracterizado *en* sí mismo como perturbación social. Pues bien, la perturbación social puede tener diferentes significados, en Derecho penal sólo se hace referencia a tal perturbación como agresión a la norma[20]. Por tanto, lo que sigue a la emanación tendría que ser, por tanto, una agresión no culpable a la norma.

Sin embargo, una agresión no culpable a la norma supone una contradicción en sí misma. La norma, al contrario que un bien material que puede ser dañado por la naturaleza, es una formación del espíritu vinculante de un orden de los deberes de las personas y, debido a ello, únicamente puede ser cuestio-

---

[18] En el mismo sentido LK-Spendel (nota 2), § 323 a nota marginal 30; el mismo, *JR* 1997, págs. 133 y 134.

[19] Fiall, *Die Lehre vom corpus delicti*, 1933.

[20] Jakobs, *ZStW* 107, págs. 843 y ss., 847 y ss.

nada, mediante un contraproyecto, a decir verdad, a través de aquel que pueda ser tenido en cuenta como comunicativo, pues, en efecto, sin relevancia comunicativa no se alcanza el campo de lo vinculante. Si un injusto realizado sin culpabilidad (determinado según las reglas *ordinarias* de la imputación) no conlleva una pena, ello es así, no porque aquello que en sí mismo debiera ser penado permanezca impune por motivos de equidad, sino porque el bien jurídico «vigencia de la norma» no puede ser dañado mediante un comportamiento sin culpabilidad[21].

La acostumbrada división de un delito en injusto y culpabilidad sugiere, que ya con el injusto existe en el mundo algo penalmente relevante. Esto es correcto además desde el punto de vista criminológico, y, a este respecto, la teoría del injusto permanece vinculada a la teoría del *corpus delicti*[22]: el injusto fuerza al examen de la existencia de culpabilidad (en la «inquisición especial»), más aún, desde una perspectiva puramente cuantitativa, el injusto podría, incluso, constituir un indicio sobre la probabilidad de existencia de culpabilidad. Dicho a modo de ejemplo: ciertamente el disparar un hombre un proyectil se diferencia del vuelo y del impacto de un proyectil o del mordisco de un perro, en que por regla general aquella conducta sugiere *más intensamente su* asociación con una agresión a la norma (aunque ello, sin embargo, no baste para llegar a la conclusión de que la vigencia de la norma ha sido dañada). Lo sensorial de un acontecimiento en el mundo exterior, unido a la concepción de que el Derecho penal debe proteger igualmente los bienes jurídicos sensoriales existentes, predispone a la concepción de que el Derecho penal tenga que ocuparse de movimientos corporales que producen consecuencias nocivas en el mundo exterior, y esta interpretación,

[21] En este punto es donde se desvanece, además, la solución de STRENG (nota 2), pág. 714, según la cual «el dolo existente general» debería agrupar «la preparación del hecho en estado de capacidad de culpabilidad y la ejecución en estado de incapacidad de culpabilidad en una unidad de valoración como tipo de culpabilidad». De manera semejante JEROUSCHEK, *JuS* 1997, págs. 386 y ss., 388 y s. El «dolo existente general» es un hecho psíquico y, *per se,* tan poco idóneo para agrupar unidades de valoración, como lo sería la identidad general de la *massa carnis.*

[22] Cfr. nota 19.

mejor dicho, esta errónea interpretación se refuerza además cuando bajo el concepto de «injusto personal» se agregan hechos psíquicos al evento del mundo exterior, como si se pudiera describir una persona a través de un cuerpo y de procesos psíquicos. Muy por el contrario, en la concepción jurídico-penal, persona es el participante competente en la comunicación; él exterioriza sentido, todo lo demás es naturaleza[23].

«Injusto» es, desde el punto de vista jurídico-penal, un simple concepto auxiliar; un comportamiento ilícito puede tener consecuencias en el marco del Derecho civil o del Derecho administrativo de orden público, jurídico-penalmente no se infiere de ello nada de manera inmediata y, si es que de todas formas se pretendiera deducir algo indirectamente, como por ejemplo en relación a la teoría de la accesoriedad limitada, tal concepción no resistiría una crítica severa[24]. Por consiguiente falta la justificación para tratar, jurídico-penalmente, el injusto sin culpabilidad como consecuencia de una emanación culpable, de manera distinta al resto de las consecuencias, esto es, de manera distinta a naturaleza; para la aplicación de una imputación «extraordinaria»[25], carecen estos supuestos de especialidad alguna.

Cuando nos hallemos ante los supuestos denominados de la *actio libera in causa* (lo que rige de manera análoga para los delitos con una determinada configuración subjetiva)[26] y par-

---

[23] JAKOBS (nota 20), págs. 863 y ss. El autor de la teoría del injusto personal habla en un lugar decisivo de manera significativa de «injusto personal de acción», WELZEL, *Das Deutsche Strafrecbt,* 11.ª edición, 1969, pág. 62. Su apreciación según la cual «tarea del Derecho penal» es «la protección de los valores ético-sociales elementales de intención y acción» *ibidem,* pág. 4, se aproxima, en varias partes, a la concepción de que se trata de la protección de la vigencia de la norma (por ejemplo en la teoría de la adecuación social, *ibidem,* págs. 55 y ss.), si bien otras figuras dogmáticas centrales, especialmente el reconocimiento de la accesoriedad limitada, *ibidem,* págs. 112 y ss., permanecen incompatibles con la concepción mencionada; en relación a esto último JAKOBS, *GA* 1996, págs. 253 y ss.

[24] JAKOBS como la nota 23 *in fine.*

[25] HRUSCHKA, *Strafrecht,* (nota 10), págs. 274 y ss., 313 y ss.

[26] A modo de ejemplo, respecto de esto último: se tiene que poder demostrar que no se tiene que condenar por hurto, si un autor se embriaga conscientemente hasta la incapacidad de culpabilidad con la convicción de volverse posteriormente ávido de propiedad ajena y de apropiarse de ella,

tiendo de la corrección de lo expuesto anteriormente, se tiene que poder demostrar que no existe motivo alguno que justifique la punición respecto de los delitos que exigen la ejecución de una determinada secuencia de comportamiento. Y, realmente esta demostración es factible[27], si bien es cierto que no se debe partir de aquellas formulaciones de delitos en las que el legislador ha descrito, por pura torpeza, una determinada secuencia de comportamiento. A título de ejemplo, cuando en la embriaguez en el tráfico se dice que se penará a quien conduzca un vehículo en estado de embriaguez (§ 316 párr. 1.° StGB)[28] y no a quien provoque que un vehículo sea conducido por un sujeto ebrio, en todo caso, puede explicarse esta des-

---

sin haberla codiciado, ya, en el momento de emborracharse. Para poder apreciar un hurto, falta, en un primer momento, el ánimo de aprovechamiento, en un momento posterior, cuando existe el ánimo, falta la competencia comunicativa. Ciertamente, el resultado sólo puede satisfacer, si el delito de hurto fue formulado, con buen criterio, como delito de aprovechamiento. Respecto a dicho problema, JAKOBS (nota 4), 17/67 con referencias en nota 120. En los delitos con una secuencia determinada de comportamiento el verbo no se puede reducir a un puro proceso de causación (esto es, independiente en su significación de comportamientos posteriores). Ejemplo: hurtar algo (§ 242 StGB) significa causar el quebrantamiento de custodia ajena, etc., de manera objetivamente imputable; por consiguiente, en los supuestos de hurto no se trata de una secuencia de comportamiento, sino de una secuencia de resultado. La afirmación según la cual —en tanto «las palabras del idioma alemán... tienen realmente un significado— «no se Podría caracterizar al emborracharse, de manera leal, sin ajustar el idioma, como hurto» (HRUSCHKA, *JZ* 1997 [nota 10], pág. 22) se puede sostener, únicamente, por quien no progresa desde lo sensorial de un expresivo cuadro al concepto. Los pormenores pertenecen a una interpretación de los delitos de la Parte Especial, que no corresponde realizar en este lugar.

[27] ROXIN, en KÜPER (ed.), Lackner-Festschrift, 1987, págs. 307 y ss., 317, con una indicación acertada respecto a la paralela exclusión de la autoría mediata en relación a dichos delitos; HARDTUNG, *ZVR* 1997, págs. 97 y ss., 99 y ss.

[28] El § 316 dispone: «*Embriaguez en el tráfico.*

(1) Quien en el tráfico (§§ 315 a 315.d) conduzca un vehículo cuando no se encuentre, como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagadoras, en condiciones de conducir el vehículo con seguridad, será castigado con pena privativa de libertad de un año o con pena de multa, cuando el hecho no esté amenazado con pena en el § 315.a o en el § 315.c.

(2) De acuerdo con el párrafo 11 también será penado, quien cometa el hecho imprudentemente» (N. T.).

cripción concreta del comportamiento (conducir un vehículo) que resulta vinculante para el intérprete[29], como el empeño por parte del legislador de servirse de locuciones algo más comprensibles, pero no como algo que guarde relación con la cuestión de la «embriaguez en el tráfico»: lo digno de reprobación en ese proceso es la causación de una situación de peligro abstracto; y ello también puede llevarse a cabo por personas que —ellas mismas— no conduzcan, sino que dejan que otras lo hagan.

Sin embargo, si se da por supuesto que la ley formula con buenas razones, que sin la ejecución de una determinada secuencia de comportamiento no se realiza delito alguno, tal norma sólo puede ser contradicha mediante la ejecución de esa secuencia. Esto significa, en relación a los casos de la *actio libera in causa,* que mientras el autor actúa de manera culpable, le falta la configuración precisamente necesaria para la contradicción de la norma, ahora bien, cuando el autor ejecuta la configuración precisa, carece de la competencia para una contradicción comunicativamente relevante[30]. Esto mismo sucede con los requisitos de forma en el Derecho civil: del hecho de que, sin acatar la forma, un sujeto capaz de contratar provoque su declaración de acuerdo a la forma, en estado de incapacidad de contratar, no resulta la declaración de acuerdo a la forma de un capaz de contratar. De nuevo, mediante un ejemplo: cuando una madre en estado de capacidad de culpabilidad se embriaga con conocimiento de que acto seguido, como incapaz de culpabilidad, va a mantener relaciones sexuales con su hijo (§ 173, párr. 1.° StGB)[31], y ello realmente

---

[29] De manera acertada BGH (nota 17), págs. 139 y s. Ampliamente, contra dicho vínculo SCHUBARTH, *SchwZStr* 114, 1996, págs. 325 y ss.; este autor pone en duda, con argumentos dignos de ser tenidos en consideración (págs. 328 y ss.), toda legitimación de los delitos de propia mano e intenta interpretar, ya, *de lege lata,* como causaciones, las descripciones de acción de la ley, así también la conducción de un vehículo, pág. 334; del mismo modo SPENDEL, *JR* 1997 (nota 18), pág. 136. En relación a la opinión coincidente en el resultado de HIRSCH, *NStZ* 1997, págs. 230 y ss., véase *infra* nota 55.

[30] De manera semejante, si bien restringido al delito de falso testimonio, SCHMIDHÄUSER (nota 2), pág. 50.

[31] El § 173 dispone: «*Acto carnal entre parientes.*

(1) Quien consuma el acto sexual con un descendiente carnal, será

ocurre, no ha quebrantado en ningún momento de manera competente la prohibición del incesto; en el primer instante no ha quebrantado dicha prohibición, debido a la falta de configuración de la acción, posteriormente tampoco, por falta de competencia. Este resultado debería considerarse como disparatado, si la norma contra el incesto tuviese que ser entendida como prohibición de la causación del acto sexual entre parientes, como suceso corporal. No se trata, ciertamente, en este lugar, de fundamentar o rechazar esa concepción, sino de mostrar las consecuencias que resultan, si se parte de la necesidad de que precisamente la ejecución de una secuencia determinada de comportamiento constituya la contradicción de la norma.

La *actio libera in causa* no puede ser aclarada como excepción al principio de coincidencia[32], ya que lo que sigue al momento de la culpabilidad es naturaleza, no un comportamiento típico. Este resultado también rige, indiscutiblemente, en aquellas configuraciones de casos donde no es la capacidad de culpabilidad, sino la capacidad de acción lo que se destruye; también aquí sucede únicamente naturaleza, fenotípicamente, por regla general, incluso de manera más drástica[33].

2. Las reglas especiales de imputación deben tener, por tanto, si acaso, otro contenido diferente al de escamotear el

---

castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa.

(2) Quien consuma el acto sexual con un pariente carnal en línea ascendente, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena de multa; lo anterior rige también cuando la relación parental esté extinguida. En los mismos términos se penará a los hermanos carnales que consuman el acto sexual.

(3) Descendientes y hermanos no serán castigados según este precepto, si en el momento del hecho no habían cumplido los dieciocho años» (N. T.).

[32] Sobre la circunstancia de que la excepción al principio de coincidencia sitúa al autor, parcialmente, a saber, en los delitos de resultado, en una posición más favorable a aquella en la que se encontraría en un supuesto central de la autoría mediata, véase 11.2.

[33] Excepcionalmente se encuentran algo más que meras alusiones; cfr., no obstante HRUSCHKA, *Strafrecht* (nota 10), pág. 347 nota 132 (sin embargo, de manera sorprendente, no, en relación a la solución del supuesto que entra en consideración, págs. 57 y ss.); el mismo, *Rechtstheorie* 22, 199 1, págs. 449 y ss., 452; respecto a JOERDEN, véase *infra* 11.2.

principio de coincidencia. Y en efecto, ese otro contenido también es afirmado por la doctrina: así, se mantiene que deben existir reglas especiales para el *concepto* de imputación o para *su aplicabilidad.*

La primera variante referida al *concepto* fundamenta dicha especialidad sosteniendo que «una persona... que tiene que responder por su propio estado de defecto relevante para la imputación», «no puede beneficiarse en último extremo de dicho estado de defecto»[34], de tal manera que un comportamiento que según las reglas generales no sería imputable, se declare como imputable mediante la «imputación extraordinaria»[35]. Esto se refiere de igual manera[36] a la capacidad de acción. A modo de ejemplo: quien se embriaga hasta la incapacidad de acción debería responder por la omisión subsiguiente de una acción de salvamento, siempre que ello ocurra «contrariando la obligación»[37]. La construcción que, en un primer momento, puede presentar una cierta plausibilidad para ciertos fenotipos (raramente se sabe con certeza a qué puede animarse, todavía, un sujeto plenamente embriagado) fracasa, a más tardar, cuando el sujeto referido no provoca, únicamente, su incapacidad de acción, sino una incapacidad general. Una vez más, por medio de un ejemplo: si un capitán provoca no sólo su incapacidad para dirigir su barco, sino que incapacita además al sustituto que se encuentra de guardia, rompiendo el timón y, si debido a ello, la expectativa de que el sustituto se haga cargo del timonaje decae, y *en tanto* que la incapacitación supone el comportamiento típico[38], el autor no pue-

---

[34] JOERDEN (nota 10), págs. 35 y ss., 163 y 164.

[35] JOERDEN (nota 10), págs. 35 y ss., 58 y ss.

[36] Ciertamente de manera inconsecuente; JOERDEN (nota 10), distingue, motivado por su concepción de la causalidad, entre la capacidad de acción en la acción (págs. 42 y 58 columnas primera y tercera, imputación de la acción de incapacitarse como hecho) y en la omisión (págs. 52 y s., 58 columnas segunda y cuarta, imputación de la omisión pese a la incapacidad para la ejecución de una acción de salvamento). Siendo punibles las omisiones, la causalidad hipotética relativa al salvamento tiene que ser equivalente a la causalidad real del daño (sobre la imputabilidad objetiva no se ha decidido nada en ninguno de los dos supuestos).

[37] JOERDEN (nota 10), págs. 47 y ss., 58 filas segunda y cuarta de la derecha, pág. 164.

[38] Así también JOERDEN (nota 10), págs. 62 y ss., 164 y ss.

de ser favorecido en lo referente a su propia incapacidad de acción: si se le imputase únicamente la omisión subsiguiente, esto supondría que no habría empezado, ni siquiera, con la realización del hecho; en el caso de que vientos favorables arrastrasen el barco al lugar correcto y, por ello, no fuera necesario timonear, no constituiría tal comportamiento ni tan siquiera una tentativa, que, en cambio, sí existiría con respecto a la incapacidad de terceras personas. Se puede sostener, además, que nadie dirigiría *ex ante* una expectativa normativa a alguien, que de una manera tan ostensible, es incapaz de acción. Por el contrario, se enjuiciaría la situación como un quebrantamiento de la norma acaecido de manera irreversible, debido a que el sujeto, en adelante, aun con una observancia óptima de la norma, ya no puede evitar el curso dañino. Si bien el capaz de acción, que ha provocado de manera imputable su estado, permanece competente por el curso dañino, en el sentido de que tiene que responder por el coste de la evitación del daño, especialmente, debe tolerar —por el ocasionamiento culpable— la legítima defensa, de cualquier manera, la competencia ya no se concreta en una expectativa jurídica o, considerado desde la perspectiva inversa, en un deber, como consecuencia de la falta de capacidad. Una vez reconocido el genotipo de la naturaleza tras el fenotipo de un comportamiento imputable, queda fuera de duda que todas las soluciones orientadas por el fenotipo resultan provisionales.

Esto rige de manera análoga para la variante relativa a la *aplicabilidad* del concepto de imputación: al menos en un «estado pasajero de incapacidad de comprensión y dominio condicionado por una enfermedad, es decir, en el ámbito de aplicación de la *actio libera in causa*», el autor no debería poder alegar el defecto de imputación [39] y ello por encontrarse impedido por «meta-reglas... que no afectan al sistema de reglas en lo referente al contenido, pero que lo suspenden parcialmente en determinados supuestos» [40] en tanto que esas meta-reglas, por su parte, deberían derivarse «de la estructura dialogal del

---

[39] NEUMANN, *ZStW99*, págs. 567 y ss., 581, 594 (allí también referido a la incapacidad de acción); el mismo (nota 21), pág. 592; ya el mismo, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, 1985, págs. 269 y ss.

[40] NEUMANN, *Zurechnung* (nota 39), pág. 22.

hacer jurídico-penalmente responsable»[41], o dicho de manera más precisa, deberían reproducir este proceso dialogal[42]. Se insiste por tanto en que el ebrio es, en sí, incapaz de culpabilidad; ahora bien, habiendo causado el autor mismo ese estado «de manera cualificada»[43] no se le permite introducirlo en el proceso de depuración de responsabilidad.

Pero... ¿por qué se tiene que tratar de un «estado pasajero»[44]? En primer lugar, probablemente, porque el defecto tiene que haber desaparecido en el momento del «hacer responsable», es decir, en el proceso penal; nadie denegaría al embriagado, que —siendo alcohólico— aparece también ebrio en el juicio oral, la posibilidad de alegar su incapacidad para el juicio, ya que estando embriagado no sería un destinatario apto de denegaciones (ni de concesiones). No obstante, la limitación a estados pasajeros tiene probablemente otra razón de ser aún más significativa. En efecto, mientras que en el caso de defectos duraderos resulta palmario que éstos no son elegidos por nadie, seriamente, como marco del modo de vida, en relación a los defectos pasajeros la situación parece ser distinta: ¿no eligen libremente muchos, en todo caso sin necesidad especial, una embriaguez? Esto último puede ser cierto, pero no por ello se convierte la embriaguez en marco determinante de la propia representación[45]. La incapacidad de culpabilidad y, en general, cualquier inimputabilidad, denota, según su sig-

[41] NEUMANN, *Zurechnung* (nota 39), pág. 276.

[42] Debe tratarse de un proceso «normativo» y no «analítico», NEUMANN, *Zurechnung* (nota 39), pág. 291.

[43] NEUMANN, *ZStW99* (nota 39), pág. 594.

[44] Así también HEGEL, *Rechtsphilosophie,* § 120 anotación: Solamente «estados profundos» como los de la «demencia, de la locura y casos semejantes como el de la infancia» deben «suspender el carácter del pensamiento y del libre albedrío y permitir no tomar al actor, según su honra de ser un pensante y una voluntad» (citado según la edición de *Moldenhauer/Michel* obra en 20 tomos, t. 7.°, 1970). Ello puede basarse en la idea de que los estados pasajeros no suspenderían la libertad exterior, esto es, el Derecho a administrarse a sí mismo, y quien disfruta de las ventajas de esa libertad, tiene que acarrear, además, sus costes.

[45] Esto va a ser decidido de manera distinta, en relación a la imputación laudatoria, al menos en la medida en que, comúnmente, ésta resulta, más fuertemente orientada por el resultado, ya que cada resultado positivo —de manera distinta a los negativos— es reclamado para sí por su causante, de tal manera, que la divulgada creencia de que en la desinhibición se

nificado objetivo, que la personalidad está perdida, que reina la naturaleza. Desde una perspectiva individual puede intentarse ver lo descrito de manera distinta, y puede que alguien pretenda, siendo todavía responsable, que en estado de embriaguez puede imponer como persona; sin embargo, la relevancia comunicativa de su comportamiento no se fundamenta en su pretensión individual, sino en el significado objetivo de su comportamiento, y, según dicho significado objetivo, al incapaz de culpabilidad le falta la competencia necesaria para contribuir de manera válida a la sociedad. Quien, según reglas objetivas, no es capaz de culpabilidad, puede haberse transformado él mismo —según reglas objetivas— de capaz de culpabilidad en naturaleza, y tener que responder por ello, pero, en todo caso, pretender que algo que es naturaleza responda, sería una representación equivocada.

Si existiera una regla social con el contenido de que quien se embriague sin tener en cuenta lo que pueda ocurrir en un momento ulterior, no pueda lamentarse cuando no se le permita alegar su defecto, el contenido de tal regla sería vinculante en la medida, pero sólo en la medida, en que el individuo, según sus propias máximas, no tenga motivo alguno de queja: quien se transforma en naturaleza, él mismo se esfuerza en ser liberado de la naturaleza. Sin embargo, él no puede vincular a otros a esa visión, ya que su intento de confusión —desconocedor del límite categorial entre lo sensorial y lo natural— no es razonable únicamente con motivo de su pretensión individual. En relación a este problema de la fundamentación de la imputación existe un problema paralelo en el ámbito de la fundamentación de la pena: que el autor haya hecho de la violencia su máxima, proporciona un motivo para no escuchar su lamento cuando se proceda con violencia contra él, pero, de esta manera, no se puede fundamentar una teoría penal razonable[46].

III. Puesto que el comportamiento del incapaz de culpa-

---

revela el «verdadero» carácter, conduce a un resultado aceptado por todas partes.

[46] Respecto a esta problemática SEELMANN, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, 1992, págs. 68 y ss., 70 y *passim*.

bilidad (y asimismo[47] el del incapaz de acción, pero este último es menos discutido) ha de ser valorado desde el punto de vista jurídico-penal como naturaleza, se puede afirmar al mismo tiempo que la provocación de la pérdida de la capacidad de culpabilidad supone un impulso a la naturaleza y que, debido a ello, y, resultando éste un riesgo no permitido que tiene lugar asimismo de manera antijurídica y culpable, constituye un comportamiento típico[48]. En contra de esta solución se formulan ciertamente algunas objeciones, de las cuales la relativa

---

[47] No menos el comportamiento del que obra justificado: en la solución de una colisión de bienes, el autor también es incapaz de conservarlos *todos;* éste solamente puede modificar la distribución, pero no puede evitar que subsista un daño.

[48] En relación al estado de necesidad, en especial respecto a la cláusula, de la causación (§ 35 párr. 1.º frase 2.ª StGB *) rige: el autor no ha actuado culpablemente, por ejemplo, en el momento de la causación (ni siquiera necesariamente de manera antijurídica, ya que éste puede promover «conflictos», siempre que los solucione a su costa a tiempo) y, sin culpabilidad, en el momento de la liberación de la situación de necesidad, sino en el último momento culpablemente. El autor permanece, tanto en el supuesto de la inexigibilidad, como en el de la exclusión de la inexigibilidad por la causación de la situación de conflicto, competente para exteriorizar un contraproyecto a la norma de manera comunicativamente relevante; esto es, el autor permanece, por lo tanto, capaz de culpabilidad (respecto a ello ya *supra* I.2.). En el supuesto de la inexigibilidad, el proyecto tiene lugar en una situación *especial* por la que el autor no es competente —el origen del conflicto no será buscado en él, sino precisamente en la especialidad de la situación, lo que significa, que el autor va a ser tenido en cuenta como envuelto en la especialidad de la naturaleza, no siendo discutida su capacidad de culpabilidad—. De manera distinta en lo relativo a la exigibilidad por causación: debido a que el autor no ha evitado la realización de la situación, se interpreta, ésta, ahora, como un suceso cotidiano elegido por él, es decir, no como algo especial (esto es lo que relaciona al causante con aquel que se encuentra en una relación jurídica especial —para éstos supone el soportar la situación, algo cotidiano— o con personas en supuestos de necesidad *generalizada*), teniendo esto como consecuencia, que la responsabilidad tiene que ser discutida. Por ello supone ya, el ocasionar una situación de necesidad en la que se ve envuelto quien no tiene que responder por la especialidad, un hecho (tentativa acabada en autoría mediata), por el contrario, la causación de la situación por sí misma, supone todavía preparación del delito. De modo distinto a lo que sucede en relación a la incapacidad de culpabilidad, la diferenciación es aquí conveniente, ya que los modos de aclaración «sentido» (causación de un conflicto para sí mismo) y «naturaleza» (empujar a otro en el conflicto), están uno al lado del otro. La agrupación de sentido y naturaleza podría encontrarse también en numerosos supuestos de los estados pasionales o de alteraciones (a este respecto

a la inadaptabilidad de esta solución a los delitos con una determinada descripción de comportamiento ya fue tratada anteriormente (II.1.), con el resultado de que la acomodación a dichos delitos no es necesaria, siempre y cuando una determinada descripción de comportamiento esté justificada materialmente.

En relación a la objeción principal, sorprende, sencillamente, el motivo por el cuál aún no ha sido superada; según dicha objeción se podría demostrar «acaso en supuestos excepcionales de extrema «alienación de la personalidad del hecho», que la pérdida de la capacidad de culpabilidad sea realmente condición del hecho[49]. De lo dicho se desprende un concepto de imputabilidad del hecho como fenómeno concomitante incidental, del estilo de circunstancias como el peinado del autor o el clima en el momento del hecho, una concepción, ésta, que permanece apegada a la exterioridad: se describe que en cualquier caso —con o sin imputabilidad— la fuerza muscular humana realiza alguna cosa. Ahora bien, el comportamiento llevado a cabo por un responsable significa algo, mientras que en el realizado por un incapaz de culpabilidad

---

JAKOBS, nota 4, 18/5, 14 y ss.); también en estos casos la «causación» de la situación puede configurar un contexto en el que se excluya recurrir a la naturaleza. La evitabilidad en el § 17 frase 2.ª StGB debe ser referida al momento del hecho, lo que significa, que el autor se habría representado la norma con la presumida motivación dominante para la observación del Derecho positivo, con la intensidad suficiente para su cumplimiento (si la motivación no hubiera suscitado ya un automatismo de evitación); de otra opinión SK/RUDOLPHI (RUDOLPHI, coord., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* t. 1.°, 6.ª edición, 25.ª entrega, 1995) § 17 nota marginal 44 y ss.; en este lugar no se puede profundizar en el problema.

[* El § 35 prescribe: «*Estado de necesidad exculpante.* (1) Quien en caso de un peligro actual para la vida, la integridad corporal o la libertad, que no puede ser eliminado de otro modo, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un pariente o de otra persona cercana a él, actúa sin culpabilidad. Lo anterior no rige si según las circunstancias del caso podía exigirse al autor que soportase el peligro, especialmente por haber sido él mismo quien lo había causado o por encontrarse en una relación jurídica especial; no obstante la pena puede atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.°, cuando el autor no tenía obligación de soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial». N. T.

[49] NEUMANIN, *Zurechnung* (nota 39), págs. 26 y ss.; el mismo, *Arthur Kaufmann-Festschrift* (nota 2), págs. 583 y ss. con más referencias en nota 10; KINDFIÄUSER, *Gefährdung als Straftat,* 1989, págs. 124 y ss.

acontece únicamente naturaleza. Un autor que obtiene el resultado mediante su incapacidad de culpabilidad, toma un camino distinto[50] (ya entonces naturaleza; en todo caso: objetivación de significado) al que toma quien ejecuta el último comportamiento causal siendo capaz de culpabilidad (hasta ahí significado; todas las veces: algo objetivable).

Al margen de los casos que aquí se tratan, tampoco hay argumento alguno en contra de la causalidad de un comportamiento por un resultado, que —en lugar de llevarse a cabo mediante un impulso anterior de la naturaleza— también se hubiese podido realizar a través de un comportamiento responsable posterior. A título de ejemplo: ciertamente al tirón definitivo de una cuerda no le falta la causalidad por la asfixia de la víctima, en razón a que el autor hubiese podido estrangularla desde hacía tiempo con las manos, y, quien azuza a cien metros de distancia a un perro mordedor contra una víctima es también causante de su lesión, aunque hubiese podido llevar fuertemente atado al animal hasta poco antes del mordisco. Ningún factor causal es degradado a mera circunstancia concomitante, porque éste pueda ser sustituido por un comportamiento delictivo. En los casos de la *actio libera in causa* el autor se ha transformado de responsable en naturaleza y la circunstancia de que sin esa transformación también hubiese realizado el hecho, es un mero curso hipotético decididamente irrelevante; el comportamiento típico precedente no se convierte en no típico, debido a que si no se hubiese producido, posteriormente otro comportamiento se podría haber convertido en típico.

Por el mismo motivo, esto es, debido a la separación entre comportamiento culpable y naturaleza, se eliminan también las objeciones secundarias, especialmente las relativas a la tentativa y al desistimiento[51]: el desencadenar un suceso en la naturaleza *constituye* conclusión de la tentativa y las interrup-

---

[50] ROXIN, *Strafrecht, AT,* t. 1.º, 2.ª edición, 1994, 20/59.

[51] NEUMANN, *Arthur Kaufmann-Festschrift* (nota 2), págs. 583 y ss.; STRENG (nota 2), pág. 710; HETTINGER (nota 4), págs. 344 y ss., 437 y ss.; LK/JÄHNKE (nota 2), § 20 nota marginal 77; cada uno de ellos con referencias. HERZBERG (nota 2), págs. 203 y ss., 208, propone el argumento de que si el embriagarse supone el comienzo de la tentativa, con mayor motivo, tendría que constituir comienzo de tentativa todo comportamiento del

ciones de un curso causal realizadas, sea como fuere, siendo tan sólo naturaleza no suponen desistimiento[52]. Algo semejante rige en relación al argumento, según el cual, el empleo de un incapaz de culpabilidad estaría regulado legalmente como autoría mediata, presuponiéndose, sin embargo, una actuación «mediante otro» (§ 25, párr. 1.º StGB)[53] y, ciertamente, el incapaz de culpabilidad sería idéntico a aquel que se ha colocado en ese estado[54]. Si se parte de que la ley designa el fenómeno exterior por su exterioridad, este argumento no podría ser revocado, pero, sin duda alguna, se le debería reprochar al legislador el haber permanecido apegado a superficialidades. Si, por el contrario, como debería entenderse por sí mismo, se presume que el legislador ha querido regular un problema material en su objeto y no una manifestación concreta de problema, resulta evidente quién es el «otro» en el sentido de la regulación de la autoría mediata: un hombre que se comporta, pero que, de cualquier manera, no lo hace culpablemente, esto es, aquel que atendiendo al genotipo constituye naturaleza. La expresión «otro» se debe entender (en el § 25 párr. 1.º StGB; el párr. 2.º regula un contexto diferente) en el sentido de un hombre no responsable; la identidad o no identidad de la massa carnis etc. es irrelevante[55]. Esa interpretación aclara tam-

---

sujeto que ya se encuentra en estado de incapacidad de culpabilidad, ya que ello se presentaría después de la pérdida de la capacidad de culpabilidad. El argumento se desvanece aplicando las reglas de la autoría mediata consecuentemente, a saber: tentativa del autor mediato no supone además tentativa del instrumento.

[52] JAKOBS (nota 4), 17/68. Esto no significa que, en la imputación laudatoria, el límite con la naturaleza no pueda seguir también reglas propias; en esto se apoya, probablemente, ROXIN (nota 27), pág. 319. En casos de duda sobre la capacidad de culpabilidad, también puede ésta ser afirmada, en favor del autor, en el desistimiento.

[53] El § 25 dispone: «*Autoría.* (1) Será castigado como autor, quien cometa el delito él mismo o mediante otro. (2) Si cometieran el delito varios conjuntamente, será castigado cada uno de ellos como autor (coautores)» (N. T.).

[54] NEUMANN, *Zurechnung* (nota 39), págs. 34 y ss.; PAEFFGEN (nota 4), pág. 518; HETTINGER (nota 4), págs. 407 y ss., 463; SCHMIDHÄUSER (nota 2), págs. 24 y ss.; LK/JÄHNKE (nota 2), § 20 nota marginal 77; SALGER/MUTZBACHER (nota 4), págs. 564 y ss.; STRENG (nota 2), pág. 710; HERZBERG (nota 2), págs. 203 y ss., 207 y ss.; HARDTUNG (nota 27), pág. 103.

[55] ROXIN (nota 27), págs. 313 y ss.; JEROUSCHECK (nota 21), págs. 387 y ss.; de manera similar BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10.ª edi-

bién el contexto del actuar —uno— mismo en el § 25 párr. 1.º autor es quien desencadena un suceso en la naturaleza[56], con independencia de que la naturaleza ya se presente fenotípicamente como tal (primer supuesto), o de que permanezca oculta bajo otro fenotipo (segundo supuesto).

IV. En conclusión, la *actio libera in causa* no es, por tanto, más que un caso de autoría mediata oculta tras el fenotipo, y ésta, a su vez, es un caso de actuación de uno mismo, oculta por el fenotipo. Partiendo de la declaración del Tribunal Supremo Federal en relación a la imprudencia, según la cual «la figura jurídica de la *actio libera in causa*» no es necesaria, ya que «cada comportamiento del autor infractor del deber de cuidado relativo al «resultado» típico» fundamenta responsabilidad siempre que sea causal[57], se hace posible transferir con facilidad esa pretendida especialidad a los delitos dolosos, afirmando que todo comportamiento causal y por lo demás objetivamente imputable, fundamenta responsabilidad. En este contexto resulta ciertamente problemático, cuándo se configura como objetivamente imputable un comportamiento no realizado inmediatamente, pero esta cuestión tiene que ser planteada, asimismo, en el ámbito de la imprudencia. Dicha

---

ción, 1995, 16/47. A favor de la interpretación de la *actio libera in causa* como autoría mediata HIRSCH (nota 29), pág. 231. Si bien es cierto, que cuando él menciona, en relación a la conducción de un vehículo que «debido a la cualidad de delito de propia mano», «únicamente» —¡que no es poco!— «debería ser posible una consecución mediata del tipo a través de aquel que como incapaz de culpabilidad lleva a cabo la acción de ejecución inmediata, esto es, en los supuestos de la a.l.i.c.» (pág. 231), revoca de esta manera la definición del instrumento como «otro».

[56] Que este desencadenamiento —no necesariamente, pero sí por regla general— suceda mediante la capacidad de culpabilidad disminuida, no tiene relevancia alguna para el supuesto en el que el autor ya es competente por esa disminución: a él le va a ser entonces exigible su compensación (el § 21* prevé solamente una atenuación facultativa). Ahora bien, cuando el autor no es competente por la disminución, ésta conlleva una limitación de la responsabilidad por el suceso, de acuerdo a los § 21 y 49 StGB, si el autor se embriaga hasta la incapacidad de culpabilidad. [* El 21 regula la capacidad de culpabilidad disminuida. N. T].

[57] BGH (nota 17), pág. 139; asimismo OTTO (nota 10), 13/32; PAEFFGEN (nota 4), pág. 524; HETTINGER (nota 4), pág. 423; NEUMANN, *StV* 1997, págs. 23 y ss., 24 y otras más; en ese sentido, críticamente, de manera acertada HRUSCHKA, *JZ* 1997 (nota 10), págs. 24 y ss.; SPENDEL, *JR* 1997 (nota 18), pág. 135; HIRSCH (nota 29), pág. 230.

cuestión es aclarada, en la terminología del Tribunal Supremo Federal, estableciendo que un comportamiento no realizado inmediatamente se configurará como objetivamente imputable, cuando infrinja el «deber de cuidado». Ejemplo: así como quien se apresura a cruzar la calle para dar allí muerte a su enemigo no se comporta ya de manera no permitida por acceder a la calle, tampoco infringe el «deber de cuidado» quien accede a la calle donde con ligereza (y por ello: en cualquier caso evitable) podría matar a otro por torpeza, debiendo ser el sujeto en ambos casos ininterrumpidamente capaz de culpabilidad. El comportamiento doloso está compuesto en su parte objetiva de manera idéntica al imprudente, no existiendo, en ese sentido, «caracteres propios del delito imprudente de resultado»[58], y en relación a su ejecución se tiene en cuenta, únicamente, un comportamiento al que le sigue naturaleza; por lo demás, se trataría, en todo caso, de participación[59], no presentando ésta, ciertamente, nada propio en la imprudencia.

---

[58] De manera distinta *BGH* 40, págs. 341 y ss., 343.

[59] El comportamiento determinado ocasionado por un descuido evitable (no mediante indiferencia, sino a través de un error en sentido estricto) constituye un problema tanto para el dolo como para la imprudencia: como consecuencia del error constituye naturaleza, pero como comportamiento evitable es imputable. Respecto a la autoría mediata en supuestos de tal configuración del instrumento, cfr. JAKOBS, *GA* 1996 (nota 23), págs. 267 y ss.

CAPÍTULO IX
¿EXISTE UN ABORTO LÍCITO DE PERSONAS? * [1]

Hace ya más de década y media el instituto Max-Plank para Derecho penal internacional y extranjero comenzó con investigaciones comparativas sobre la interrupción del embarazo. Hace ya diez años se publicaron dos amplios tomos con investigaciones e informes estatales de los que ha resultado una gran discusión doctrinal[2]. Los resultados de dicha investigación constituyen un avance importante en el Derecho comparado ya que en él se encuentran recogidos, ordenados y valorados todos los modelos de regulación (no existen, según afirman los autores, entre los extremos de Irlanda y la República Popular China dos modelos iguales)[3], valorándose además la nueva y tormentosa regulación[4].

Deben mencionarse algunas líneas de desarrollo: en la medida en que la interrupción del embarazo se encuentra regulada legalmente (excluiremos el caso de la República Popular China)[5], habitualmente se recoge en un contexto jurí-

---

* Título original: *Rechtmässige Abtreibung von Personen?,* publicado en *JR* 2000, Heft 10, págs. 404 y ss. Traducción de Pilar González Rivero, Doctora en Derecho por la Universidad de Bonn, Profesora adjunta de la Universidad Europea de Madrid, CEES; publicada en la *Revista del Poder Judicial,* núm. 60, cuarto trimestre 2000.

[1] Asimismo un comentario a ESER, ALBIN/KOCH, HANS-GEORG, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, Tercera parte: Rechtvergleichender Querschnitt —Rechtspolitische Schlussbetrachtungen— Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999, XLIV, 932 págs., 298 marcos.

[2] ESER, ALBIN/KOCH, HANS-GEORG, *Schwangerschaftsabbruch im internationales Vergleich*, Rechtliche Regelungen —Soziale Rahmenbedingungen— Empirische Grunddaten, Parte primera: Europa; Parte segunda: Aussereuropa, Nomos verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988, 1989.

[3] Un esquema de las posiciones básicas se encuentra en ob. cit. (nota 1), pág. 184.

[4] Las nuevas regulaciones son explicadas en 250 páginas más o menos en la ob. cit. de la (nota 1), págs. 623 y ss.

[5] Ob. cit. (nota 1), págs. 102 y ss.

dico-penal, pero no pocas nuevas regulaciones se encuentran aisladas del Derecho penal en leyes sociales[6]. Incluso en los supuestos en los cuales la regulación permanece en el ámbito penal recibe ciertos matices del Derecho administrativo. Ello llama la atención sobre algo aún más curioso: los nuevos preceptos[7] procesalizan en gran medida la interrupción permitida del embarazo anticipando el procedimiento de interrupción del embarazo al motivo de dicha interrupción hasta que dicho procedimiento defiende el motivo, tal como ocurre en la regulación alemana respecto de la solución del asesoramiento (§ 218 a párrafo 1.ø del Código penal alemán). En tercer lugar, se debe destacar que a pesar de la tendencia existente a despenalizar las conductas de interrupción del embarazo de acuerdo con la formulación legal, en la mayoría de los casos aparece todavía reglado[8] (así el Código penal alemán § 218 párrafo 1.ø del Código penal), ello probablemente porque se quiere aparentar mayor dureza que la que realmente la sociedad se puede permitir; se expone un símbolo. Cuarto y último, se ha revelado el siguiente diagnóstico sorprendente: el Derecho penal alemán ha sido a menudo criticado, porque la indicación embrionaria clasificada como social o médica no conoce límite de tiempo, esto es, resulta aplicable también a los supuestos en los cuales el feto es capaz de vida[9]. Sin embargo, con dicha regla que reflejaría la opinión fáctica de la sociedad respecto de los casos de minusvalía, Alemania no se encuentra, ni mucho menos, aislada en su regulación. Más aún constatan los autores: «En la mayoría de los Estados europeos en que se reconoce una regulación eugenésica, dicha regulación tiene vigencia sin límite temporal hasta el nacimiento»[10].

Todavía podría deducirse alguna otra cuestión del texto saturado de resultados fácticos. Quien quiera saber cuál es el estado del desarrollo normativo relativo a la interrupción del embarazo tendrá que consultar en la obra de ESER y KOCH. Dicha obra resulta relevante no sólo por el avance que supone

---

[6] Ob. cit. (nota 1), págs. 99 y ss.
[7] Cfr. el resumen ob. cit. (nota 1), págs. 109 y ss.
[8] Ob. cit. (nota 1), pág. 333.
[9] ESER, ob. cit. (nota 1), pág. 579 y ss., está fuertemente en contra de tal solución.
[10] Ob. cit. (nota 1), pág. 226.

en la investigación doctrinal y en el tratamiento de gran parte de la regulación legal, sino por el trabajo de ESER «Consideraciones finales jurídico políticas» [11]. ESER distingue tres tipos de regulación, por un lado el «modelo de las indicaciones sobre la base de una triple valoración», por otro lado la «libre disposición en el marco de los límites temporales sobre la base de una autodeterminación» y entre ambos tipos de regulación el «modelo discursivo orientado en una situación de necesidad» [12]. De entre dichos modelos ESER decide aplicar los siguientes criterios: Este autor considera al feto, de acuerdo con lo previsto por el Tribunal Constitucional [13], como un bien jurídico autónomo digno de protección, fracasando con ello el modelo de la «libre valoración en el marco de unos límites temporales» [14]. Sin embargo ESER considera imposible objetivar los distintos intereses en la medida en que en cada caso pudiesen ser revisados por una tercera persona [15], sobre todo teniendo en cuenta que la confianza que pueda depositar la embarazada en el centro de asesoramiento dependerá de no encontrarse ante una instancia decisoria sobre la interrupción del embarazo [16]. Resta, por tanto, el modelo discursivo orientado en una situación de necesidad, el cuál debe ser entendido desde el punto de vista dogmático de la siguiente manera: El feto posee un «derecho a la vida» [17] garantizado, el cuál puede colisionar con otros bienes jurídicos, de tal manera que no podría hablarse de una protección absoluta de la vida [18]. El derecho a la vida del feto tendría menor valor que el de una persona nacida [19] y tampoco en este caso nos encontraríamos con un derecho absoluto: el tráfico rodado permitido necesitaría de un «tribu-

---

[11] Ob. cit. (nota 1), pág. 513 y ss. con una propuesta de regulación, págs. 609 y ss.

[12] Ob. cit. (nota 1), pág. 539.

[13] BVerfG (Tribunal Constitucional), 88, págs. 203 y ss., 251 y ss. y *passim*.

[14] Ob. cit. (nota 1), pág. 562 y *passim*.

[15] Ob. cit. (nota 1), pág. 595.

[16] Ob. cit. (nota 1), pág. 597.

[17] Ob. cit. (nota 1), págs. 570, 572.

[18] Ob. cit. (nota 1), pág. 574.

[19] Ob. cit. (nota 1), pág. 577. Según ESER aumenta con el desarrollo del feto; por ello Eser defiende decididamente en la interrupción del embarazo de acuerdo a derecho un límite temporal superior de tal manera que se excluye el modelo de la indicación en los casos de indicación médica por

to de sangre» evitable, retrocediendo, entonces, el mantenimiento de la vida frente a los «intereses de evitación de costes»; en el caso de la legítima defensa podría incluso matarse, como en el caso de una guerra, donde se mata a «vidas inocentes»[20]. Incluso en el supuesto de considerar al feto como persona no se derivaría de dicha «etiquetación» ninguna consecuencia absolutamente necesaria[21]. Más aún, en casos concretos, tras una amplia ponderación de intereses el derecho a la vida del feto podría verse relegado.

Persona es quien es titular de derechos y obligaciones. Cuando ESER reconoce al feto un derecho a la vida, le está reconociendo personalidad, no tratándose en ese caso únicamente de un etiquetamiento, sino de la fundamentación del status de una persona jurídica. Únicamente es posible quitarle a la persona la base fáctica de su existencia personal, su vida, en la medida en que también la pérdida debe considerarse como consecuencia de la existencia personal. Ello supone en relación con los principales ejemplos[22] de ESER lo siguiente: La muerte en legítima defensa es consecuencia de la configuración lesiva del propio ámbito de organización del agresor; la responsabilidad por las consecuencias es el sinalagma necesario de la libertad de organización. Por lo que respecta a la muerte como consecuencia de un comportamiento de riesgo permitido, la posibilidad de elección entre éste u otro comportamiento, por lo menos en abstracto, pertenece también a la existencia de la víctima, por ejemplo, todos podemos participar en el tráfico rodado sin rebasar el riesgo permitido y que dicho comportamiento tenga consecuencias lesivas, y por ello todos deben tolerar, que como consecuencia de la utilización de dicha libertad se vean lesionados por terceras personas. El riesgo de lesionar a otro debe resultar tan pequeño que desaparezca frente al valor de la libertad: si estuviese predetermi-

---

defectos del feto y en los de indicación médica por puesta en peligro de la vida de la madre, págs. 579 y ss.

[20] Ob. cit. (nota 1), pág. 575.

[21] Ob. cit. (nota 1), págs. 576 y ss., en contra de la argumentación de DWORKIN, *Die Grenzen des Lebens*, 1994, págs. 156 y ss., 161 y ss., quien no reconoce al feto dicho *status*.

[22] Los ejemplos de derecho internacional no van a ser tenidos en cuenta por la superposición de las distintos órdenes normativos.

nada la identidad de la víctima del tráfico rodado, resultaría completamente indiscutible el permiso frente a ella[23]. Lo mismo debe aplicarse a la valoración de los efectos de la reducción de los gastos, por ejemplo en el ámbito de la salud. Liberarse constantemente de un favorecimiento de la salud y aplicar permanentemente los medios resulta una forma de existencia personal, que además tiene que verse contemplada.

Evidentemente, algo completamente diferente sucede con la interrupción del embarazo, ya que la muerte del feto no puede verse como consecuencia de su existencia personal, pues él no ha organizado nada, y mucho menos el embarazo. La interrupción del embarazo, con independencia del motivo por el cual se haya llegado hasta él (esto es, también en el supuesto tradicional de indicación médica), necesariamente resulta una muestra de que el feto que ha de morir, por lo menos en dicha situación[24], no es persona, esto es, no es titular de un derecho a la vida, incluso siendo un bien de gran valor. Ese resultado no es nuevo y en la dogmática de las situaciones de necesidad resulta prácticamente indiscutible que la orientación de una situación de necesidad de una persona jurídica no puede llevar a la pérdida del derecho a la vida[25]. Quien se ha decidido por una orientación a la situación de necesidad, que le puede costar la vida al feto, ha tomado una decisión contraria al reconocimiento de su personalidad: el feto es administrado como un bien (como otros bienes jurídicos de gran valor que, sin ser personas, son administrados, como por ejemplo la

---

[23] Al respecto JAKOBS, *Strafrecht*, AT. Die Grundlagen der Zurechnungslehre, 2.ª ed., 1991, 7/38.

[24] HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. 2.°, 1.ª parte, 1884, pág. 68, formula la personalidad como concepto relacionado con una determinada situación: el feto sería «un bien jurídicamente protegido en el sentido... de que su natural desarrollo hacia una vida independiente no debe ser impedida; esa protección se ve interrumpida cuando la consecución de vida independiente no es posible a través de un nacimiento natural». La consideración como persona se da bajo la condición de normalidad, viéndose ésta excluida en casos de necesidad.

[25] JAKOBS, ob. cit. (nota 23), 13/21 y ss. con referencias; el caso discutido y decisivo caso de los médicos que durante la época del nacionalsocialismo que participaron en la muerte de enfermos mentales para poder salvar por lo menos a unos pocos, podría corresponderse con los casos de aborto, ya que madre e hijo podrían morir, ver, JAKOBS, ob. cit., 13/23 con la nota al pie núm. 46.

libertad, bienes culturales, bienes medio ambientales etc.), pero sin poder hacer valer determinados derechos propios.

En contra de dicho bien pueden existir, según la opinión de ESER, no sólo peligros para la salud de la embarazada, sino peligros para la realización de todos sus intereses y «para la planificación de su vida y sus metas profesionales»[26], ello con el resultado de que, de acuerdo con las perspectivas de vida y las prioridades, sólo la embarazada puede decidir sobre el resultado de la ponderación de intereses[27]. Se le debe reconocer a ESER, que dicha «autoindicación»[28] tras el asesoramiento resulta lo máximo que hoy puede hacerse desde el punto de vista político, estando la argumentación, aun así, plagada de lagunas legales. Ciertamente, sólo la embarazada puede valorar competentemente sus propios intereses, pudiendo resultar impracticable una diferenciación entre intereses valiosos y no tan valiosos. Pero esto resulta ser únicamente un lado de la balanza. ¿Por qué resulta ser la embarazada, desde la otra perspectiva, en los supuestos de valoración del bien «vida del feto» quien tome la última decisión? Por ejemplo, que sólo la familia que reside en un edificio protegido decida sobre la necesidad de realizar una obra de restructuración, no quiere ello decir que también tenga que ser ésta la competente para decidir sobre si el edificio es un bien digno de protección o no lo es. Si se le concede también a la mujer la capacidad de valoración del bien general, entonces no se trata de la autoindicación de una situación de necesidad comunicativamente relevante, sino de la percepción de una situación de necesidad: modelo discursivo orientado en la percepción. Más aún, ¿qué significa «modelo discursivo» si al final la embarazada consigue lo que se propone? Modelo de la percepción basado en el discurso. Detrás de la percepción puede existir además en supuestos concretos una situación de necesidad, pero la percepción puede también agotarse en su subjetividad.

La autoindicación, esto es, la determinación de la percepción, suele presuponer un discurso. ¿Resulta entonces dicho discurso compatible con un derecho a la vida del feto, con su

---

26 Ob. cit. (nota 1), pág. 593.
27 Ob. cit. (nota 1), pág. 596.
28 Ob. cit. (nota 1), pág. 594.

personalidad? Por último pertenece el asesoramiento a una cordial concepción de la vida, frente a una solución de límites temporales. ESER expone datos positivos sobre los resultados de los asesoramientos[29] y mantiene como «fallido ya de base el intento de que en los asesoramientos y en su certificación quiera verse una participación en la interrupción del embarazo que resulta, en muchos casos, posteriormente»[30]. No debe partirse de la causalidad de la certificación, sino de la reducción del riesgo a través de dichos asesoramientos[31] (según la opinión de ESER no estaría orientada a la comodidad de la embarazada)[32]. Sin embargo debería ponderarse la disminución del riesgo que se refleja en la participación en la moral oficial a través del asesoramiento y de su certificación por el Estado y otras instituciones prominentes de la administración: Se podría pensar que «cuando dichas instituciones participan, y deben hacerlo siempre que hayan comenzado con ello», será porque «resulta favorable»[33]. Esa participación en cierta medida corruptiva no va a ser tratada en este momento. ¿No resulta entonces el asesoramiento, cuando no se tiene en cuenta dicho efecto, el mejor camino para la protección del derecho a la vida del feto?

Bajo las condiciones dadas no existe una solución más adecuada para la protección del derecho a la vida, y en la totalidad de la nueva dogmática no ha existido tampoco ninguna, ya que el feto, según muestra la indicación médica, que está reconocida desde 1927[34], ha sido considerado como un bien altamente valorado, pero no como un titular de derecho. En lo que respecta a la historia del derecho, no sólo la igualdad del no nacido con el nacido resulta una leyenda, como correcta-

---

[29] Ob. cit. (nota 1), págs. 601 y ss.

[30] Ob. cit. (nota 1), pág. 588.

[31] Ob. cit. (nota 1), pág. 588 con nota al pie núm. 66.

[32] Ob. cit. (nota 1), pág. 600 y *passim*.

[33] § 7 párrafo 3.º de la Ley de Conflictos en los embarazos.

[34] RG (Tribunal Supremo del Imperio) 61, págs. 242 y ss. En relación con la práctica jurídica anterior cfr. WACHINGER, en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank*, 1930, t. 1.º, págs. 469 y ss., 471 y ss.; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, págs. 321, con referencias bibliográficas. Existió una sentencia del Tribunal Supremo del Imperio en el que se trataba un caso de dudosa indicación medica: peligro de suicidio.

mente ha afirmado ESER[35], sino también la personalidad del feto en supuesto de conflicto. La personalidad no permite ser ponderada, ¿frente a qué debería ponderarse desde una perspectiva jurídica la *conditio sine qua non* de la juridicidad?; con otras palabras, el derecho a la vida no se puede medir cuantitativamente. Ciertamente resultan hoy en día desigualmente amplios los presupuestos bajo los cuales el feto no se considera persona en relación con los que existían al tiempo de la reconocida indicación médica, pero el principio sigue siendo el mismo: donde se pueda ponderar si una vida puede o no ser destruida, no se está hablando de un derecho a la vida.

Si el feto tuviera un derecho a la vida, la entrega de una certificación para la interrupción del embarazo supondría una participación en la aniquilación de la realización de un derecho y toda ponderación con titulares de derechos salvados quedaría excluida. Cuando ESER se apoya en la mejoría de la utilidad generalizada, resulta únicamente posible en un contexto, en el que la personalidad, como algo categórico, no existe. Visto de esta manera, esto es, en una conceptuación del feto como un simple bien, puede hablarse respecto a la entrega de la certificación como una complicidad justificada (siempre y cuando se mantenga como complicidad). Por poner un ejemplo: quien entrega la víctima (una persona) al asesino para que no dispare indiscriminadamente, ha hecho del asesinato su propio comportamiento y, por ello, de acuerdo con las reglas del estado de necesidad agresivo, no pueden estar el comportamiento justificado[36]; quien, por el contrario, entrega dinero ajeno (un bien) al secuestrador para que los rehenes no sean asesinados, puede haber lesionado la propiedad, pero la justificación basada en un estado de necesidad resulta evidente.

Pero también cuando se trata de maximización de bienes, ésta debe resultar primeramente, desde una perspectiva jurídica, no como un sacrificio, sino como una defensa de los competentes por la puesta en peligro de los bienes. Una vez más de manera ejemplificativa: en situaciones de constante saqueo

---

[35] Ob. cit. (nota 1), pág. 577.

[36] No se excluye otra decisión en las posiciones no jurídicas, sino utilitaristas; desde el punto de vista jurídico la víctima queda excluida.

la policía arremete contra los saqueadores, pero, para evitar males mayores, no entrega una cantidad de patrimonio libre para el saqueo controlado. Si en los casos de interrupción del embarazo no es posible una solución equiparable, ello es debido a la privatización, a la desestatalización del procedimiento y para su dirección sólo resta el buen consejo de encaminarlo hacia la solución que se le ha dado al consumo del tabaco y del alcohol: para evitar el abuso se puede aconsejar, pero no puede hacerse más. Visto de esta manera la solución formal aportada por ESER[37] de la justificación a través del asesoramiento muestra los límites del poder efectivo del Estado: donde éste no puede decidir lo único que le queda es asesorar.

ESER apoya la solución que considera la interrupción del embarazo como ajustada a derecho, cuando aquélla tenga lugar debido a que «la embarazada se encuentre en una situación que se percibe como de necesidad o de conflicto que no puede resolverse de otra manera», que «se decide tras una ponderación responsable y certera que ha contado con el consejo institucional», y donde «al médico le ha correspondido igualmente una decisión responsable en la valoración de los motivos de la interrupción del embarazo»[38]. Partiendo del concepto referido anteriormente, según la cual en opinión de ESER no se contempla un derecho a la vida del feto en una situación de conflicto, sino que se trataría de la valoración de los bienes desde la perspectiva de la embarazada, la conclusión a la que se llega resulta consecuente. Además, hay que tener en cuenta que la situación querida por ESER se consiguió hace tiempo, cuando se contempla el derecho real y no aquél que recoge el Tribunal Constitucional en sus sentencias[39]. El Tribunal Constitucional no tiene poder alguno sobre el concepto de la antijuricidad, pudiendo aquél tribunal únicamente declarar más o menos acertadamente que un determinado comportamiento resulta contrario a derecho. Cuando el Tri-

---

[37] Ob. cit. (nota 1), págs. 590 y ss.; ver HASSEMER, en DÄUBLER-GMELIN, entre otros editores, *Festschrift für Mahrenholz*, 1994, págs. 735 y ss., 747 y ss.; WOLTER, *GA* 1996, págs. 201 y ss., 226 y ss. SALIGER, en Lorenz SCHULZ (ed.), *Verantwortung zwischen materialischer und prozeduraler Zurechnung*, 2000, págs. 102 y ss., 127 y ss.

[38] Ob. cit. (nota 1), págs. 605 y ss., 607.

[39] BVerfG 88, 203 y ss.

bunal Constitucional excluye la posibilidad de definir la interrupción del embarazo tras el preceptivo asesoramiento institucional, como auxilio en una legítima defensa o como intervención policial[40] y trata el contrato médico como efectivo[41], debería entenderse el postulado de la antijuricidad, únicamente por ello, como una simple *protestatio facto contraria.* Cuando, además de ello, el Estado resulta obligado a facilitar un número suficiente de puestos institucionales de consejo[42] y a ofrecer una cantidad suficiente de establecimientos apropiados para la interrupción del embarazo[43], ello puede entenderse o bien como una invitación al Estado a la participación en el resquebrajamiento de la estructura de la sociedad, esto es, del derecho y con ello, una pretensión perversa —literalmente hablando—, o bien el abandono del postulado que ha sido mantenido nominalmente relativo a la antijuridicidad de la interrupción del embarazo. Que deben realizarse pagos y deben entregarse ayudas sociales[44] redondea el marco expuesto; las prestaciones de la seguridad social sanitaria no se realizan[45], no por la irregularidad de la interrupción del embarazo, sino por su arbitrariedad. De todo ello resulta una confusión entre la formación del concepto y su denominación y en su pretensión por acercarse a la verdad y a la claridad debe darse la razón a ESER.

Para concluir, debemos replantearnos la cuestión propuesta al comienzo de la antijuridicidad de la interrupción del embarazo de personas. En la medida en la que está permitido abortar y siempre que la interrupción del embarazo se considere permitida tras la consulta y el consejo institucional, el feto no puede ser considerado como una persona.

---

[40] Ob. cit. (nota 39), págs. 251 y ss., 279; últimamente en relación con la ayuda en la legítima defensa LESCH, *Notwehr und Beratungsschutz*, 2000, en especial, págs. 70 y ss.

[41] Ob. cit. (nota 39), págs. 279, 295 y ss.

[42] Ob. cit. (nota 39), págs. 286 y ss.

[43] Ob. cit. (nota 39), págs. 328 y ss.

[44] Ob. cit. (nota 39), págs. 315 y ss., 322 y ss., 325 y ss.

[45] Ob. cit. (nota 39), págs. 314 y ss.